ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL
LVI – 2010 – CNRS Éditions, Paris

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES PEUPLES AUTOCHTONES : DE LA RECONNAISSANCE D'UNE IDENTITÉ TRANSNATIONALE AUTOCHTONE À L'INTERCULTURALITÉ NORMATIVE

ALBANE GESLIN

Résumé : Compte tenu des évolutions les plus récentes de la protection internationale des peuples autochtones, il convient de s'interroger à nouveau sur les enjeux de cette protection, de manière à déterminer en quoi ces évolutions ont renouvelé tout à la fois la question autochtone et son appréhension par le droit international, voire la conception que l'on se fait généralement du droit. Si le processus d'élaboration de la « Déclaration des droits des peuples autochtones », adoptée le 13 septembre 2007, a permis la construction et la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone, il a aussi foruni l'occasion d'ouvrir ou de régénérer des espaces normatifs internationaux. Au-delà de la déclaration, la protection des peuples autochtones invite à construire ce que d'aucuns qualifient d'interculturalité normative.

Abstract: In view of the latest developments in the international protection of indigenous peoples, the challenges of such protection should be examined again so as to determine in what way those developments have renewed both the indigenous question and the way international law apprehends it, or even the conception that is generally held of law. While the process of drawing up the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted on 13 September 2007, has made the construction and recognition of an indigenous transnational identity possible, it has also provided the opportunity to open up or regenerate areas of international norms. Beyond the Declaration, the protection of indigenous peoples invites us to construct what some characterize as normative interculturality.

« C'était un fin connaisseur des temps anciens, il racontait ce qu'il savait, ce qu'il pouvait, et lorsqu'il passait des choses sous silence (des choses qu'il me dit lors de mon troisième séjour à Kolgouev), c'était pour des raisons importantes.

La véritable raison devait provenir de l'intérêt illimité que nous autres, les 'civilisés', portions à la 'sauvagerie' des autres peuples, ainsi que de notre volonté de nous approprier leurs cultures sous un prétexte 'scientifique'. Cette démarche leur a causé tant de torts ! » [1]

(*) Albane GESLIN, professeur de droit international à l'Institut d'études politiques de Lyon.

1. V. GOLOVANOV, *Eloge des voyages insensés* (trad. du russe par H. Châlelain), coll. Slovo, Verdier, Paris, 2008, p. 384.

Voici plus d'un demi-siècle que le droit international est au chevet des quelque 370 à 464 millions d'autochtones recensés dans le monde [2], représentant trois mille peuples répartis dans près de soixante-dix pays. « Au chevet », l'expression n'est pas trop forte si l'on se réfère aux nombreux témoignages collectés par les organisations non gouvernementales et les instances internationales de protection des droits de l'homme faisant état d'incendies criminels de villages, de massacres, de déplacements forcés et si l'on garde à l'esprit qu'un tiers des 900 millions de personnes vivant dans l'extrême pauvreté appartient à des communautés autochtones… Cinquante ans séparent l'adoption par l'Organisation internationale du travail (OIT) de la très controversée convention 107 relative aux populations aborigènes et tribales de l'adoption par les Nations Unies de la « Déclaration des droits des peuples autochtones » [3]. Cinquante années au cours desquelles ces peuples ont construit leur identité, défendu leurs droits et fait entendre une parole longtemps inaudible dans un monde et un système dominés par la culture juridique occidentale.

La « Déclaration des droits des peuples autochtones » (ci-après : la déclaration), bien qu'événement historique, n'est bien évidemment pas un aboutissement. Les quelques années qui ont suivi ont été riches d'initiatives et de mesures, tant nationales qu'internationales en faveur de ces communautés ou à leur initiative. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut citer l'adoption d'une nouvelle constitution équatorienne en 2008 et d'une nouvelle constitution bolivienne en 2009, toutes deux prenant en considération les peuples autochtones, la conférence mondiale des peuples sur les changements climatiques et les droits de la terre nourricière d'avril 2010 [4], l'approbation, entre avril 2009 et décembre 2010, de la déclaration par les quatre États qui avaient voté contre (Australie, Nouvelle-Zélande, Canada et États-Unis), le lancement du Partenariat des Nations Unies pour les peuples autochtones en mai 2011, l'enregistrement officiel par le Conseil électoral australien du

---

2. Cet écart, pour le moins étonnant, de près de 100 millions de personnes résulte de la confrontation de deux catégories de données : celles de l'Instance permanente sur les questions autochtones (*United Nations Permanent Forum for Indigenous Issues*, UNPFII) qui, depuis plusieurs années, à l'instar des autres institutions onusiennes, mentionne le nombre de 370 millions ; et celles de l'ONG *International Work Group for Indigenous Affairs* (IWGIA), établies sur la base de recensements (officiels ou réalisés par les ONG sur le terrain). Dans les derniers documents datant de 2010, l'IWGIA présente d'ailleurs une « fourchette » allant de 420 à 464 millions d'autochtones, en raison, principalement, de l'imprécision des statistiques asiatiques. Ainsi, l'*Asia Indigenous Peoples Pact Foundation* (AIPP) recense 1 million de Tibétains de moins que l'IWGIA, 20 millions d'autochtones de moins en Indonésie ou 2 millions de moins au Bangladesh, par exemple [www.gitpa.org]. Deux difficultés principales peuvent être identifiées, expliquant l'écart de 100 millions entre l'UNPFII et l'IWGIA : d'une part, la crainte que peuvent ressentir certaines personnes ou certains groupes à se déclarer autochtones en raison de risques de discrimination ; d'autre part l'utilisation, régulièrement, d'un critère unique d'identification lors des recensements étatiques, à savoir le fait de parler une langue reconnue comme autochtone. Or, l'enseignement dans les langues autochtones et la reconnaissance de ces langues étant très variable d'un État à l'autre, certaines personnes ne les maîtrisent plus, alors même qu'elles appartiennent à des groupes que l'on peut qualifier d'autochtones (au regard d'autres critères, *cf. infra*). Ce faisant, statistiquement, le nombre d'autochtones « officiels » diminue.

3. *Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, 13 septembre 2007. Après un assez long préambule rappelant notamment les préjudices historiques qu'ont subis les peuples autochtones, le dispositif de la déclaration pose les principes d'égalité, de non discrimination et d'autodétermination (art. 1-6), les droits à la vie et à l'intégrité physique, l'interdiction de l'assimilation ou des expulsions forcées (art. 7-10), le droit d'observer leurs traditions culturelles, le droit à l'éducation et aux médias dans leurs langues (art. 11-16), divers droits économiques et sociaux dont le droit au développement (art. 17-24), droits sur leurs territoires et les ressources qui s'y trouvent (art. 25-30), protection et développement du patrimoine culturel (art. 31), droit à la reconnaissance de leurs institutions politiques (art. 32-35), droit d'entretenir des contacts transfrontaliers (art. 36), accès équitable à la justice (art. 39-40) ; les articles 41 et 42 mentionnent les obligations des Nations Unies et l'article 43 rappelle que tous ces droits « constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde ».

4. Conférence qui s'est présentée comme un sommet alternatif sur le climat à la suite de l'échec de la conférence de Copenhague.

premier parti politique représentant les Aborigènes (*First Nations*), en janvier 2011, la poursuite des travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur la protection des savoirs traditionnels, la ratification de la convention 169 de l'OIT par le Népal (septembre 2007), le Chili (septembre 2008), le Nicaragua et la République centrafricaine (août 2010). La déclaration a indéniablement joué un rôle de catalyseur.

Il ne s'agira, dans les quelques pages qui suivent, ni de proposer une réflexion sur les peuples autochtones en général [5], ni de mener une étude globale de la protection internationale des droits de ces peuples [6]. Il s'agira davantage, au regard des évolutions les plus récentes évoquées de réinterroger les enjeux de cette protection et de déterminer en quoi ces évolutions ont renouvelé tout à la fois la question autochtone, son appréhension par le droit international, voire la conception que l'on se fait généralement du droit. En effet, si le processus d'élaboration de la déclaration a permis la construction et la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone (I), son adoption a donné l'occasion d'ouvrir ou de régénérer des espaces normatifs internationaux (II). Mais, au-delà de la déclaration, la protection des peuples autochtones fournit l'opportunité de construire ce que d'aucuns qualifient d'interculturalité normative (III).

I. – LA DÉCLARATION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LA RECONNAISSANCE D'UNE IDENTITÉ TRANSNATIONALE AUTOCHTONE

Après des siècles de confinement, au sens propre comme au sens figuré, dans des territoires étatiques oppressants, les peuples autochtones ont fait irruption sur la scène internationale. Ayant construit une identité transnationale autochtone, ils se sont « emparés » du forum onusien (A) pour faire entendre leurs revendications, parmi lesquelles celle d'être « reconnus » et non « définis » (B).

---

5. De nombreux ouvrages et articles leur ayant déjà été consacrés par les anthropologues. Voy. notamment, parmi les ouvrages les plus récents : Ph. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, coll. Bibliothèque des sciences humaines, NRF Gallimard, Paris, 2005, 623 p. ; K.S. COATES, *A Global History of Indigenous Peoples: Struggle and Survival*, Palgrave Macmilan, 2004, 224 p. ; P. BONTE / M. IZARD (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, 3e éd., Quadrige, PUF, Paris, 2004, 842 p. ; I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 235 p. Voy. également les revues *Annual Review of Anthropology*, *Anthropologie et sociétés*, *Parcours Anthropologiques*… Pour ce qui est de l'anthropologie juridique, on peut mentionner N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 1988, 496 p. ; N. ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, coll. Sciences humaines, O. Jacob, Paris, 1991, 318 p. ; L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. Essais & Recherches, Nathan, 1996, 316 p. ; E. RUDE-ANTOINE / G. CHRÉTIEN-VERNICOS (dir.), *Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, coll. Esprit du Droit, Dalloz, Paris, 2009, 370 p. ; Ch. EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, coll. Droit et société, LGDJ, Paris, 2010, 254 p.

6. N. ROULAND / S. PIERRÉ-CAPS / J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 1996, 581 p. ; *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, Publications de l'OIT, 2009, 200 p. (disponible en ligne) ; S. ALLEN /A. XANTHAKI (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples*, Hart Publishing, 2011, 619 p.

A. *Des regroupements inter-tribaux aux fora onusiens : la longue marche vers la déclaration*

1. Le marquage des territoires politiques nationaux et régionaux fut initié par les peuples autochtones du Grand nord et les Amérindiens à partir des années 1960-1970, en réaction aux politiques d'assimilation mises en œuvre aux États-Unis et au Canada notamment. Sans présenter une analyse détaillée de ce parcours [7], on peut néanmoins, dans le cadre de cette étude, en cerner les principales étapes. Au cours de ces années-là, en effet, va être fondé un certain nombre d'organisations autochtones, d'abord à l'échelon national (*National Indian Youth Council*, États-Unis, 1961 ; Fédération des centres Shuars, Equateur, 1964 ; *American Indian Movement*, États-Unis, 1968 ; Fraternité nationale des Indiens, Canada, 1968…), puis régional (1re Conférence des peuples arctiques, 1973 ; 1re Conférence internationale des traités indiens, 1974 ; Conseil mondial des peuples indigènes, 1975 ; *Inuit Circumpolar Conference*, 1980 ; *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica*, 1984, par exemple). À la fois l'une des raisons et l'un des objectifs de ces associations était de prendre conscience et de montrer que, par-delà la diversité des situations, ces peuples ont un passé comparable et sont portés par un rapport au monde similaire à défaut d'être identique.

La fédération sera également, dans une certaine mesure, impulsée de l'extérieur, notamment par la création, en 1968, par des anthropologues et militants refusant le postulat intégrationniste, de l'*International Work Group for Indigenous Affairs* (IWGIA).

Parallèlement à ces regroupements « associatifs », les anthropologues ont constaté des « bricolages identitaires » [8]. Ainsi, à partir des années 1980, les peuples de l'Arctique [9], prenant conscience de leur vulnérabilité face aux compagnies pétrolières, vulnérabilité résultant de leur dispersion géographique et étatique, vont mettre en avant leur culture commune, s'unir sous la « bannière Inuit » et décider de s'identifier comme un seul peuple, inventant « une identité pan-ethnique transnationale » [10].

La puissance politique des peuples autochtones se renforcera lorsque le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) ouvrira sa tribune à ces organisations.

2. Ainsi allait pouvoir être lancée la « machine ONU ». La première « ONG » autochtone accréditée auprès de l'ECOSOC fut la Fraternité nationale des Indiens en 1974 ; en 1975, le Conseil mondial des peuples indigènes obtint ce statut, suivi en 1977 par le Conseil international des traités indiens, et en 1983 par l'*Inuit Circumpolar Conference*. Aujourd'hui, près d'une cinquantaine d'ONG autochtones ont le « statut ECOSOC ».

L'ONU allait ainsi devenir le « creuset de l'autochtonie » [11]. Et, tout comme elle porta, dans les années 1960 le droit de la décolonisation, puis dans les années 1970 le droit international du développement, elle porte, depuis les années 1980,

---

7. L'on renverra aux travaux de F. Morin, notamment « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *Parcours Anthropologiques*, n° 5, pp. 34-42, sur lesquels s'appuient les lignes qui suivent.

8. F. Morin / B. Saladin d'Anglure, « L'ethnicité, un outil politique pour les autochtones de l'Arctique et de l'Amazonie », *Etudes Inuit Studies*, 1995-1, vol. 19, p. 57 [www.gitpa.org]) ; F. Morin, *op. cit.*, p. 40.

9. Yuit (Russie), Inupiat et Yup'ik (Alaska), Uummarmiut, Siglit, Inuinnait, Inuit (Canada), Kalaallit, Inuhuit et Tunumiit (Groenland) ; voy. M. Thierren, « Inuit (Eskimo) », *in* P. Bonte / M. Izard, *op. cit.*, pp. 386-388.

10. F. Morin, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *op. cit.*, p. 40.

11. F. Morin, *op. cit.*

le droit des peuples autochtones. L'adoption, par 143 voix pour, 11 abstentions et 4 voix contre, le 13 septembre 2007, de la « Déclaration des droits des peuples autochtones » est la dernière étape marquante de cette histoire.

Dès 1971, sous la pression d'un certain nombre d'ONG et de gouvernements nordiques, l'ECOSOC chargea la Commission des droits de l'homme, plus précisément la sous-commission sur la prévention des discriminations et la protection des minorités, de mener une étude sur les problèmes de discrimination à l'encontre des populations autochtones. Fut alors nommé José R. Martinez Cobo en tant que rapporteur spécial des Nations Unies chargé d'une étude sur les discriminations à l'encontre des populations autochtones (*cf. infra*). En 1977, fut organisée à Genève, à l'initiative des Nations Unies, la première conférence internationale des ONG des Nations Unies portant sur « la discrimination à l'égard des populations autochtones Amériques », à l'issue de laquelle fut adoptée une déclaration aux termes de laquelle les délégués Amérindiens demandèrent à ce que leurs peuples soient reconnus comme « peuples autochtones » et non plus comme « minorités ethniques ». Tout ce mouvement ayant eu pour effet de susciter « l'intérêt et l'inquiétude de la communauté internationale pour l'un des secteurs les plus importants, les plus faibles et les plus défavorisés de l'humanité » [12].

En 1981, une nouvelle étape fut franchie. L'ECOSOC décida, en effet, de mettre en place un Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA), ayant pour mission d'élaborer un projet de déclaration des droits autochtones. L'Assemblée générale s'empara également de la question : 1993 fut proclamée « Année internationale des peuples autochtones du monde », puis fut instaurée la première « Décennie internationale des populations autochtones » (1994-2004), au cours de laquelle fut instituée, le 28 juillet 2000, par l'ECOSOC, l'« Instance permanente sur les questions autochtones » (UNPFII). Cette instance est composée à parité de membres gouvernementaux [13] et de membres nommés par les organisations autochtones [14]. Puis fut lancée la 2e « Décennie internationale des populations autochtones » (2005-2014), dont l'acmé fut l'adoption de la déclaration des droits des peuples autochtones [15].

Depuis lors, un très grand nombre d'instances des Nations Unies ont été créées ou se sont saisies des questions autochtones : Haut Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), Groupe d'appui inter-agences sur les questions autochtones, Mécanisme d'expert sur les droits des populations autochtones (rattaché au Conseil des droits de l'homme), Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones (également rattaché au Conseil des droits de l'homme), Comité pour l'élimination des discriminations raciales (CEDR), Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Groupe de travail sur l'article 8 j)

---

12. Propos de J.R.M. Cobo cités dans le rapport de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les travaux de sa 37e session (A/CN.4/Sub.2/1984/43, 19 octobre 1984, § 314, p. 57).

13. Élus par l'ECOSOC parmi les cinq groupes régionaux d'États constitués aux Nations Unies.

14. Désignés par le président de l'ECOSOC sur la base d'une représentativité de sept régions socioculturelles déterminées (Afrique, Amérique Centrale, du Sud et Caraïbes, Arctique, Europe de l'Est, Asie centrale, Fédération de Russie et Transcaucasie, Amérique du Nord et Pacifique).

15. Les termes « peuples » et « populations » ont été alternativement employés par les instances des Nations Unies, laissant supposer une synonymie. Leur usage fait néanmoins l'objet de débats, en ce que « peuple » renvoie, en droit international, à la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination externe, connotation que ne véhicule pas « population ». Cependant, ce dernier terme est trop indéterminé au regard des particularités politiques, économiques, sociales et culturelles des communautés autochtones. La rhétorique, à tout le moins onusienne, semble désormais se stabiliser autour de l'expression « peuples autochtones », auxquels est reconnu le droit à l'autodétermination, mais à seule portée interne.

de la convention sur la diversité biologique… Autant d'organes qui vont, dans le cadre de leur mission, se charger de la mise en œuvre de la déclaration des droits des peuples autochtones.

Afin d'éviter que cet archipel ne se mue en pandémonium, a tout récemment été institué le Partenariat des Nations Unies pour les peuples autochtones, qui vise à assurer la coordination du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), du HCDH, du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et de l'OIT [16]…

Ce rapide panorama permet de mesurer l'enjeu de la construction de l'identité autochtone : par-delà la diversité des conditions de vie, porter les valeurs communes de ces peuples sur la scène internationale pour la reconnaissance de leur existence et de leurs droits. Enjeu qui se révèle avec encore plus d'acuité lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est un « peuple autochtone ».

B. *Définir un « peuple autochtone » : une exigence ou un paradoxe ?*

La déclaration des droits des peuples autochtones ne contient aucune définition de ce qu'est un « peuple autochtone ». Il en est de même du projet, actuel, de déclaration interaméricaine sur les droits de peuples autochtones [17]. S'il est bien évidemment impossible de soutenir qu'il s'agit d'un oubli, comment peut-on interpréter ce silence, alors que d'autres textes de nature internationale, plus anciens, sont porteurs de telles définitions ?

1. Outre les très discutées définitions posées par la convention 107 de l'OIT [18], désormais largement dénoncée et quasi unanimement considérée comme dépassée, plusieurs définitions ont été proposées. Ainsi, en 1982, à l'issue de plus de dix années de travail, le rapporteur spécial des Nations Unies chargé d'une étude sur les discriminations à l'encontre des populations autochtones [19], José R. Martinez Cobo proposa « *a working definition* » [20], élaborée à partir de la pratique des États et des peuples eux-mêmes, et prenant en considération de multiples critères, tant « objectifs » – *ancestry*, *culture*, *language* – que « subjectifs » – *group consciousness*, *self identification*, *acceptance* [21]. Sans entrer dans les détails, nombreux, de son analyse, l'on peut néanmoins en présenter les données principales.

---

16. Le lancement de cette initiative a été annoncé le 20 mai 2011 lors d'une conférence de presse tenue par les représentants des agences concernées [www.un.org/News/fr-press].

17. Une version consolidée du projet de déclaration a été distribuée aux négociateurs au cours de la 11e réunion de négociations : Permanent Council of the Organization of the American States, *Record of the Current Status of the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, OEA/Ser. K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 4, 19 november 2009.

18. Aux termes de l'article 1er, « [l]a présente convention s'applique : a) aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, dont les conditions sociales et économiques correspondent à un stade moins avancé que le stade atteint par les autres secteurs de la communauté nationale et qui sont régies totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ; b) aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, qui sont considérées comme aborigènes du fait qu'elles descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation et qui, quel que soit leur statut juridique, mènent une vie plus conforme aux institutions sociales, économiques et culturelles de cette époque qu'aux institutions propres à la nation à laquelle elles appartiennent ».

19. Les cinq volumes de cette étude (*Study of the problem of discrimination against indigenous peoples*) furent présentés à la sous-commission sur la prévention des discriminations et la protection des minorités entre 1981 et 1987 (E/CN.4/Sub.2/1986/7, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.2, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.3, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4).

20. J.R.M. Cobo, *Study of the problem of discrimination against indigenous peoples*, Volume II, Chapter V, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, 20 juin 1982, § 1, p. 3.

21. *Ibid.*, pp. 3-70.

Évoquant le concept d'antériorité, J.R.M. Cobo affirme que « […] *the fact to descent from members of the native population of a country is always present when persons or groups are described as "indigenous", "autochtonous", "aboriginal", "Indian", etc.* »[22]. Pour ce qui est du critère culturel, il renvoie au fait que « *[a]ny group in which the so-called "autochtonous" elements predominate to a considerable degree would therefore be classified as an "indigenous" group* »[23] ; l'auteur poursuit en affirmant que « *[o]ne important point to be borne in mind is that the meaning of all these aspects is coloured by a conception of the world which is peculiar to these communities when compared to the ideas of other population groups living alongside them* »[24]. Plus concrètement, J.R.M. Cobo souligne quelques aspects de cette identité culturelle : la religion, le fait de vivre sous un système tribal, l'appartenance à une communauté indigène, la façon de s'habiller et les conditions de subsistance. Quant au troisième critère objectif, la langue autochtone, le rapporteur spécial affirme « *it is essential that the indigenous language should have been acquired* ab initio*, or that it should be the habitual vehicle of expression of the individual, group or community, even though they may have acquired other languages and even if they use them frequently* »[25]. Les trois critères subjectifs renvoient en fait à un seul phénomène, à savoir la perception que l'individu ou le peuple a de « son autochtonie » : « *the use of this criterion [group consciousness] emphasizes the fact that the individual or group considers himself or itself as "indigenous", or that the community in which the individual or group lives considers him or it "indigenous"* »[26].

Dans son rapport conclusif, il proposa la définition synthétique suivante :

> « *Indigenous communities, peoples and nations are those which having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system* »[27].

Quelques années plus tard, l'OIT, principale institution ayant établi une définition à portée juridique contraignante[28], reprendra très largement cette définition. L'article 1er de la convention 169 dispose :

---

22. *Ibid.*, § 15, p. 6. Pour un bref aperçu de l'ambiguïté sémantique régnant autour des qualificatifs employés, voy. A. GESLIN / D. O'MEARA, « Droit international et politique nationale à l'épreuve de la notion de 'peuple(s) indigène(s)' en Afrique du Sud », *RGDIP*, 2011-1, pp. 143-144. Dans le cadre de cette étude, et bien que cela puisse être discuté, les qualificatifs « indigène » et « autochtone » seront considérés comme synonymes.

23. J.R.M. COBO, *Study of the problem of discrimination against indigenous peoples*, Volume II, *op. cit.*, § 71, p. 16. L'une des principales difficultés que renferme ce critère « objectif » se trouvant dans l'expression « *considerable degree* ». En effet, l'auteur souligne avec acuité que « *[t]he purity of "origin" of cultural elements is not of any great importance* […]. *It is well-known that all cultures comprise "original" elements and elements "borrowed" or "adopted" from other cultures. In extreme cases, even, groups which have lived and are still living in a state of maximum geographical isolation have been infiltrated by a series of "alien" cultural elements* […] *as a result to the activities of religions, missions, military garnisons, road building and maintenance teams, oil or mining prospection workers, scientific expeditions (…)* » (§ 77, p. 17).

24. *Ibid.*, § 73, p. 17.

25. *Ibid.*, § 180, p. 33.

26. *Ibid.*, § 210, p. 37.

27. J.R.M. COBO, *op. cit.*, Volume V, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, § 379, p. 29.

28. La portée réelle de cette convention est très modeste, puisqu'elle n'a été ratifiée que par 22 États.

« peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » [29].

Le paragraphe 2 de ce même article poursuit :

« Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ».

Cette référence à l'antériorité coloniale, tant dans les travaux du rapporteur spécial que dans la convention 169, sera interrogée, en 1996, par Erica-Irene A. Daes, présidente et rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA). Elle proposa, en effet, des critères de définition et d'identification des populations autochtones [30], « *as a "guide" for the United Nations system* » [31]. Après avoir distingué les « peuples autochtones » des populations vivant sur « des territoires non autonomes » [32] et des « minorités » [33], E.I.A Daes synthétisa quatre facteurs permettant d'appréhender le concept d'« indigène » :

« (*a*) *Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory ;*
(b) The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions ;
(c) Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity ; and
(d) An experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist » [34].

Le rapporteur conclut en précisant que « *[t]he foregoing factors do not, and cannot, constitute an inclusive or comprehensive definition* » [35]. Le critère de la colonisation n'apparaît plus sous la plume de Mme Daes, mais surgit celui de la discrimination et de la marginalisation, sur lequel se fondera notamment la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP). En effet, récemment, tout en soutenant la nécessité d'une auto-identification des peuples autochtones, la CADHP a défini les éléments constitutifs suivants :

« l'attachement spécial et l'utilisation de leur territoire traditionnel alors que leurs terres ancestrales ont une importance capitale pour leur survie collective physique et culturelle en tant que peuples ;

29. Article 1.1.b de la convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989. À ces populations indigènes l'OIT associe, au regard des droits et libertés qui leur sont reconnus, les peuples tribaux en tant que peuples « qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale » (article 1.1.a).

30. Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. DAES, *On the concept of « indigenous people »*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996.

31. *Ibid.*, § 7, p. 4. Non sans s'être préalablement interrogée sur « *the desirability of a definition of the concept "indigenous people"* », constatant que le Groupe de travail sur les populations autochtones fonctionnait parfaitement sans avoir formellement adopté de définition (§ 6).

32. *Op. cit.*, §§ 42-46, pp. 15-16.

33. *Ibid.*, §§ 47-59, pp. 17-19

34. *Ibid.*, § 69, p. 22.

35. *Ibid.*, § 70, p. 22.

le phénomène d'assujettissement, de marginalisation, de dépossession, d'exclusion ou de discrimination, parce que ces peuples ont différentes cultures, divers modes de vie ou de production, par rapport à l'hégémonie nationale et au modèle dominant » [36].

Ces éléments posés, la conclusion à laquelle aboutit la Commission apparaît pour le moins étonnante :

« en Afrique, le terme peuple autochtone ne signifie pas 'premiers habitants' par référence à l'aboriginalité en opposition à des communautés non Africaines ou venues d'ailleurs. Pour ce qui la concerne, la CADHP considère que : tout Africain, peut légitimement se considérer comme autochtone sur le continent » [37].

Cela met en évidence le fait que l'« usage actuel [du concept de peuple autochtone] n'a pas seulement pour objet d'évoquer une antériorité sur un espace, mais un processus de mise en infériorité qu'il s'agit de corriger » [38]. Ce qui éclaire les principaux paradoxes de la définition retenue par l'OIT, et explique, entre autres, pourquoi la déclaration des droits des peuples autochtones ne comporte aucun critère d'identification.

2. Les organisations représentant les peuples autochtones qui ont participé à l'élaboration de la déclaration et au projet de déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones ont, en effet, explicitement refusé qu'y soit établie une définition de ce qu'ils étaient [39].

« *The right to define what is an indigenous person be reserved for the indigenous peoples themselves. Under no circumstances should we let artificial definition* [...] *tell us who we are* » [40].

L'on peut bien évidemment comprendre cette attitude par le fait que ces peuples se sont longtemps vus imposer des systèmes culturel, éducatif, juridique, économique, politique…, par définition de l'extérieur. Il y aurait donc là une forme d'expression de leur volonté de se réapproprier leur existence. Ainsi que le souligne M. Izard, « [i]dentifier les cultures n'autorise [...] pas à en réifier l'existence » [41]. Or, les définitions de OIT et de J.R.M. Cobo se présentent comme des systématisations de la notion de « peuple autochtone », comme décrivant un *donné*, alors même qu'elles ont été construites et ne sont que le *résultat* de l'analyse. Les peuples autochtones ne demandent donc rien d'autre que d'être les principaux acteurs de leur propre construction sociale [42], expression de leur droit fondamental à l'autodétermination (au sens strict du terme).

En outre, ce souhait que n'apparaisse aucune définition peut trouver explication dans les nombreux effets pervers de la définition de l'OIT. Cette définition s'appuie, non explicitement, sur une connotation historiquement et géographiquement située de la notion d'« indigène ». En effet, la racine latine des termes « indi-

---

36. CADHP, *Avis juridique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 41e session ordinaire, mai 2007, § 12, p. 4.

37. *Ibid.*, §13, p. 4.

38. I. BELLIER, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, 2006/2, n° 38, p. 104.

39. Le préambule du projet de déclaration ne fait référence qu'aux « *native societies* ».

40. World Council of Indigenous Peoples, cité par J.R.M. COBO (volume II, *op. cit.*, § 9, p. 5).

41. M. IZARD, « Culture », *in* P. BONTE / M. IZARD (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, *op. cit.*, p. 191.

42. « Principaux acteurs » et pas acteurs exclusifs parce que, sauf à ce que la communauté vive dans le plus parfait isolement, chaque culture s'élabore par co-construction et acculturation (*cf. infra* III).

gène », « *indigenous* », « *indigena* » n'a d'autre signification que « né à l'intérieur du pays ». De même, le terme « autochtone » renvoie à un rapport particulier d'un groupe avec une terre, un territoire donné. Dans ces deux hypothèses, l'important est l'antériorité qui permet de caractériser une population par rapport à une autre, venue d'ailleurs [43]. Ce ne sera qu'à la fin du XIXe siècle – notamment aux termes de l'article 6 de l'acte final de la conférence de Berlin de 1885 – que ces qualificatifs acquerront, dans la sphère internationale, une signification supplémentaire (non pas entièrement nouvelle), le terme « indigène » étant alors employé pour désigner les Africains sous domination coloniale européenne. Ce sont donc ces « populations venues d'ailleurs » qui ont qualifié les « populations nées ici » d'indigènes. Ce glissement sémantique sera repris par le pacte de la SDN (articles 22 et 23) [44], puis juridiquement validé et consolidé comme critère de définition par l'article 1er de la convention 169. Cela appelle plusieurs remarques.

D'une part, s'il est indéniable que, dans l'inconscient collectif d'une majorité des membres de la communauté internationale, les termes « conquête » et « colonisation » sont connotés et renvoient à la politique impérialiste européenne initiée au XVIe siècle, ces deux termes sont tout autant indéterminés historiquement, l'Europe n'ayant pas été la seule puissance colonisatrice ou conquérante (Chine, Empire ottoman, Japon…). De même, le phénomène de migration étant attesté par les paléontologues depuis les premiers pas de l'humanité, nombreux furent, au cours des 200 000 dernières années [45], les groupes ayant « colonisé », « conquis » des espaces et s'étant confrontés à des groupes déjà présents. Quelle période de l'histoire (ou de la préhistoire) faut-il retenir ? Le cas sud-africain est à cet égard édifiant car l'on y constate différentes stratifications de colonisation. Il y a près de 40 000 ans, est attestée en Afrique australe l'existence des San et des Khoi ; aux alentours de - 1500, ces peuples subissent des déplacements massifs du fait de la migration des Bantous ; puis, à partir de 1642, les Provinces-Unies colonisent cette région, suivies en 1806 par la Grande Bretagne [46]. Ainsi, en référence à la colonisation, des Afrikaners ont réclamé, devant le GTPA, la reconnaissance du statut d'autochtones en raison de la colonisation britannique subie au XIXe siècle… Ce qui leur fut refusé, non pas en raison du fait qu'ils étaient des colonisateurs également, mais au motif que ce groupe n'avait jamais été marginalisé ou discriminé [47].

D'autre part, et dans le même ordre d'idée, la référence à la colonisation, sous-entendue européenne, a permis à certains États de rejeter l'existence de tout peuple autochtone sur leur territoire. Ainsi devant l'Assemblée générale des Nations Unies, l'Indonésie, se fondant sur la convention 169, a adopté une position niant l'existence de peuples autochtones sur son territoire :

> « Étant donné que l'ensemble de la population indonésienne n'a pas changé depuis l'époque de sa colonisation et de l'indépendance qui a suivi et que l'Indonésie est

---

43. L'on pourra souligner à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas adopté une rhétorique très claire en ce domaine. Ainsi, oppose-t-elle parfois « population autochtone » (sous entendue « européenne ») à « population immigrée » (CEDH, 5e section, 10 juillet 2008, *Soulas et a. c. France*, Req. n° 15948/03, § 38), ou « population autochtones » (chypriote) à « colons » (turcs) (CEDH, Grande chambre, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Req. n° 25781/94, § 346).

44. La charte des Nations Unies n'use pas de cette rhétorique, l'article 73 ne renvoyant qu'aux « populations ne s'administr[ant] pas encore complètement elles-mêmes ». D'après E.I.A. Daes, l'on doit la définition de la convention 107 de l'OIT à la Belgique, qui n'était pas parvenue à faire intégrer le concept de « population indigène » dans la charte (*op. cit.*, § 21, p. 8).

45. Pour nous limiter à l'espèce *Homo Sapiens*.

46. A. GESLIN / D. O'MEARA, « Droit international et politique nationale à l'épreuve de la notion de "peuple(s) indigène(s)" en Afrique du Sud », *op. cit.,* pp. 141-156.

47. *Report of the UN Special Rapporteur on Indigenous Peoples mission to South Africa 2005*, E/CN.4/2006/78 Add.2, § 79.

un pays multiculturel et multiethnique qui ne pratique aucune discrimination à l'encontre de sa population pour quelque raison que ce soit, les droits énoncés dans la présente Déclaration accordés exclusivement aux peuples autochtones ne sont pas applicables dans le contexte de l'Indonésie » [48].

Une telle attitude ne laisse d'inquiéter lorsque l'on sait les violations répétées des droits des peuples autochtones en Indonésie (*cf. infra*). L'Inde adopta une position similaire [49] alors même que 84 millions de personnes sont identifiées comme relevant de communautés autochtones dans ce pays [50]. L'on voit ainsi comment des États – qui, soulignons-le, n'ont pas ratifié la convention 169 – interprètent l'absence de définition dans la déclaration comme un renvoi implicite à la définition (considérée comme coutumière ?) posée par l'OIT, et ce en contradiction avec tous les travaux préparatoires à cette déclaration.

Enfin, outre les effets pernicieux de cette définition, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il revient à une organisation internationale de s'inscrire dans un tel discours et de figer ainsi, juridiquement, un rapport de confrontation entre « autochtone » et « non-autochtone » ? Cette confrontation – colonisation, conquête – le plus souvent violente, a bien eu lieu et il ne s'agit ni de la nier ni de la minorer. Cependant, on peut s'étonner qu'elle devienne un *critère* d'identification. La référence, dans la définition de l'OIT, à une troisième « date butoir », celle de l'établissement des frontières de l'État, n'est guère plus pertinente au regard de la question de l'antériorité [51], surtout si l'on se rappelle que dans les anciennes colonies s'est appliqué le principe *uti possidetis juris* impliquant que le nouvel État prenne pour frontières les limites territoriales coloniales.

En définitive, toute tentative d'établir une définition à portée juridique des « peuples autochtones » n'est-elle pas vouée à se heurter à ces paradoxes et impasses ? Comment le droit peut-il, en effet, saisir ce qui se dit avoir « toujours été » ? Le droit se trouve, par principe même, contraint au tracé de frontières temporelles. Les références à la colonisation, à la conquête, à l'établissement des frontières de l'État ne sont autre chose qu'une volonté de trouver un point pivot autour duquel articuler un certain ordonnancement juridique.

Cette volonté de ne pas poser, figer, de définition résulte donc du désir de demeurer maître de l'élaboration des critères d'identification. Ainsi que le rappelait le Conseil mondial des peuples indigènes,

« *indigenous peoples are such population groups as we are, who from old-age time have inhabited the lands where we live, who are aware of having a character of our own, with social traditions and means of expression that are linked to the country inherited from our ancestors, with a language of our own, and having certain essential and unique characteristics which confer upon us the strong conviction of belonging to a people, who have an identity in ourselves and should be thus regarded by others* » [52].

Cette volonté résulte également, et probablement principalement, du fait que, toute définition étant réductrice, il y a risque que, malgré l'unité affichée, la diver-

48. Assemblée générale, 108e séance plénière, 13 septembre 2007 (10h), A/61/PV/108, p. 4.

49. « Conformément à [la définition de la convention 169], nous considérons que l'intégralité de la population de l'Inde au moment de l'indépendance, et la population qui lui a succédé, est autochtone » (*ibid.*, p. 2).

50. [www.gitpa.org].

51. Elle avait surtout pour objet de réduire les différences entre les concepts de « peuple indigène » et de « peuple tribal ».

52. Cité par J.R.M. COBO (*op. cit.*, volume II, § 11, p. 5).

sité socio-économico-politique des peuples autochtones [53] ne puisse être véritablement appréhendée. C'est ce qu'a souligné la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) dans l'affaire *Endorois* :

> « aucune définition acceptée n'incorpore la diversité des cultures, de l'histoire et des circonstances actuelles des autochtones. Les rapports entre les populations autochtones et les groupes dominants ou principaux de la société varient d'un pays à l'autre » [54].

D'où l'importance fondamentale de l'auto-identification, posée à l'article I, § 2 du projet de déclaration interaméricaine :

> « *Self-identification as indigenous peoples will be a fundamental criteria for determining to whom this Declaration applies. The States shall respect the right to such self-identification as indigenous, individually or collectively, in keeping with the practices and institutions of each indigenous people* » [55].

Par-delà ces problèmes d'identification, l'adoption de la déclaration de 2007 a dynamisé des espaces normatifs internationaux déjà investis par les peuples autochtones.

II. – LA DÉCLARATION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LE DÉVELOPPEMENT DES ESPACES NORMATIFS INTERNATIONAUX

Lors de l'adoption de la déclaration, de nombreux États se sont émus de son absence de caractère juridiquement contraignant. En effet, la résolution de l'Assemblée générale dans laquelle elle prend corps n'a valeur que de recommandation, donc valeur essentiellement permissive. En outre, aucun mécanisme spécifique de mise en application de la déclaration n'ayant été institué, le risque était grand que ce texte restât lettre morte, en attendant l'adoption d'une hypothétique convention sur les droits des peuples autochtones.

La pratique des diverses institutions chargées, à un titre ou à un autre, de la mise en œuvre et du respect des droits fondamentaux démontre que cette crainte n'était pas fondée. Elles se sont au contraire rapidement emparées de la déclaration elle-même comme source du droit international, ou de son contenu comme moyen supplétif d'interprétation des règles de droit international. Elles ont ainsi tout à la fois ouvert des espaces normatifs nouveaux et régénéré des espaces normatifs existants.

A. *L'ouverture d'espaces normatifs nouveaux : la déclaration comme source formelle du droit international*

Un certain nombre d'institutions – institutions financières internationales, organes de surveillance ou organes juridictionnels – ont considéré, non sans réticence pour certains, que la déclaration était source à part entière du droit inter-

---

53. Diversité expressément évoquée par le préambule de la déclaration des droits des peuples autochtones : « Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels ».

54. CADHP, Communication 276/2003, 4 février 2010, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. Kenya*, § 147 (www.ihdra.org).

55. *Op. cit.*

national, validant ainsi l'idée, soutenue notamment par le rapporteur spécial des Nations Unies J. Anaya [56], qu'elle n'avait d'autre objet que de codifier le droit existant.

1. L'une des institutions financières internationales les plus à même de mettre en œuvre les droits des peuples autochtones est, du fait de son action de terrain et des projets qu'elle finance, la Banque mondiale [57] au travers notamment de la Société financière internationale (SFI). L'un des droits auxquels elle devrait être particulièrement attentive est l'une des ramifications du droit à l'autodétermination, à savoir le droit pour ces communautés d'exprimer leur consentement préalable, libre et éclairé avant toute mesure susceptible de les affecter (principe posé à l'article 32, § 2 de la déclaration des droits des peuples autochtones [58]). Dans un document de 2005, après avoir référencé divers instruments porteurs de dispositions relatives aux droits de peuples autochtones (conventions 107 et 169 de l'OIT, projets onusiens et interaméricains de déclaration des droits, recommandation 23 du CEDR, le *Strategic Framework for Indigenous Development* de la Banque Inter-Américaine de Développement…), la Banque mondiale concluait que

> « *the international instruments and practices (…), including the General Assembly Resolutions, indicate the emergence of international principles and practices, particularly with regard to (i)* consultation *with, and participation of indigenous peoples on decisions affecting them* » [59].

Une telle assertion, posée en 2005, est relativement surprenante. En effet, si la convention 169 de l'OIT pose bien, en son article 15, § 2 la seule exigence d'une *consultation* des communautés autochtones affectées par les projets [60], les autres instruments répertoriés posaient tous l'exigence d'un *consentement* préalable, libre et éclairé [61]. Le glissement est considérable. La Banque mondiale a donc, contrairement à ce qu'elle affirme, non pas pris en considération le principe émergent mais bien le principe conventionnel, laissant ainsi sous-entendre que la pratique internationale ne traduisait pas l'apparition d'une norme coutumière.

Ce ne sera qu'après des années de protestations de la part des communautés autochtones, d'Indonésie notamment, et le dépôt d'une plainte auprès du *Compliance*

---

56. « La Déclaration ne confirme ni ne crée fondamentalement des droits nouveaux ou spéciaux, mais précise les droits de l'homme fondamentaux d'application universelle qu'elle place dans le contexte culturel, historique, social et économique des peuples autochtones » (*Rapport provisoire du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, A/65/264, 18 septembre 2010, § 58).

57. Elle a d'ailleurs été pionnière en la matière, adoptant dès 1982 un *Operational Manual Statement* (2.34) intitulé – selon le vocabulaire de l'époque – « *Tribal People in Bank-financed Projects* » ; ce document fut remplacé en 1991 par une *Operational Directive* (4.20) relative aux « *Indigenous Peoples* ».

58. « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, *en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet* ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres » (nous soulignons).

59. World Bank, *Legal note on Indigenous Peoples*, April 8, 2005, § 28 [www.worldbank.org], nous soulignons.

60. « Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour *consulter les peuples intéressés* dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres » (nous soulignons).

61. Article 30 du projet onusien (dès la version de 1994) ; principe transversal au projet de déclaration interaméricaine ; point d) de la recommandation du CEDR n° 23 du 18 août 1997 (annexe V du rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, A/52/18, 26 septembre 1997, p. 130) ; directive 2.7.2 du *Strategic Framework on Indigenous Development and Operational Policy on Indigenous Peoples*, Inter-American Development Bank, GN-2296, February 4, 2004, p. 5.

Advisor Ombudsman de la SFI contre la destruction sociale et environnementale causée par les plantations de palmiers à huile, que les exigences posées par la SFI à l'encontre de ses « clients » évolueront. Ainsi, en septembre 2009, le président de la Banque mondiale annonçait qu'elle n'accorderait plus de prêt aux compagnies de plantations de palmiers à huile tant qu'elles ne seraient pas en mesure de garantir que ce financement ne causerait aucun dommage social et environnemental, et que le *consentement préalable, libre et éclairé* des communautés concernées n'aurait pas été obtenu. Jusqu'à cette date, la politique de la SFI était de n'exiger de la part des firmes dont elle finançait les projets, que la *consultation* de ces populations, conformément à la convention 169 de l'OIT [62]. Ce moratoire fut décidé après la publication du rapport d'audit du *Compliance Advisor Ombudsman* [63], en juin 2009, ayant conclu que le groupe d'exploitation d'huile de palme Wilmar Trading (financé par la SFI et opérant en Indonésie) violait les normes sociales et environnementales de la Banque, et que la SFI n'avait pas mis en place de réelle stratégie pour mesurer l'impact de ces investissements au regard des exigences sociales et environnementales établies par la Banque. Un pas important semblait être franchi. Il n'en fut rien. Quelques mois plus tard, en effet, en mars 2010, la Banque Mondiale et la SFI présentèrent un *Cadre et une Stratégie pour l'engagement de l'institution dans le secteur de l'huile de palme* [64]. La déclaration des droits des peuples autochtones n'y est jamais mentionnée, et les critères de performance posés par la SFI renvoient, fort étrangement, non pas au principe du « *consentement* libre, préalable et éclairé », mais au principe d'une « *consultation* libre, préalable et éclairée » [65]. La SFI ajoute que, dans l'hypothèse où le projet en cause implique des populations autochtones, « le client doit mettre en place une forme supérieure de consultation appelée Négociation de bonne foi, en plus de la Consultation LPE » [66]. Le cadre stratégique évoque cependant, incidemment, par une note de bas de page que l'« IFC étudie la possibilité de changer son exigence dans ce domaine pour celle d'un Consentement libre, préalable et éclairé dans le cadre de sa revue de ses Critères de performance » [67] ! Cette révision aboutira en mai 2011. Le 12 mai, en effet, la SFI annonçait, dans un communiqué de presse, avoir révisé les standards sociaux et environnementaux dont elle exigerait dorénavant le respect par les firmes, affirmant que « *[f]or projects with potential significant adverse impacts on indigenous peoples, IFC has adopted the principle of "Free, Prior, and Informed Consent"* informed by the 2007 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » [68].

Ainsi, après plusieurs années d'hésitations, la déclaration intègre officiellement les normes applicables au sein du groupe de la Banque mondiale. Ces atermoiements peuvent trouver explication dans le fait que le plus gros souscripteur au capital de la Banque et de la SFI était aussi, jusqu'en janvier 2011, le dernier État à ne pas accepter la déclaration…

62. Voy. notamment IFC, *ILO Convention 169 and the Private Sector. Questions and Aswers for the IFC Clients*, March 2007.

63. CAO Audit of IFC's investments *in* : Wilmar Trading (IFC N°. 20348), Delta–Wilmar CIS (IFC N°. 24644), Wilmar WCap (IFC N°. 25532), Delta–Wilmar CIS Expansion (IFC N°. 26271), *C-I-R6-Y08-F096*, June 19, 2009.

64. World Bank and IFC, *Le Cadre du Groupe de la Banque mondiale et la Stratégie d'IFC pour l'engagement dans le secteur de l'huile de palme*, 31 mars 2010, 109 p., [www.ifc.org/palmoilstrategy].

65. *Ibid.*, p. 56.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*, p. 56, note 67.

68. *IFC Updates Environmental and Social Standards, Strengthening Commitment to Sustainability and Transparency*, May 12, 2011, Press Release [www.ifc.org], nous soulignons.

2. Les organes de surveillance, notamment institués par l'OCDE, semblèrent plus prompts à réagir. Ainsi, le 25 septembre 2009, le *UK National Contact Point for the OECD* (UK NCP) a rendu un rapport sur une plainte déposée par l'ONG *Survival International* à l'encontre de la compagnie minière britannique Vedanta Resources Plc [69]. La compagnie avait entrepris l'exploitation d'une mine de bauxite dans les collines de Niyamgiri, terre sacrée des 8 000 Dongria Kondh, dans l'État d'Orissa en Inde. La plainte a été examinée par le gouvernement conformément aux « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ». Bien qu'aucun de ces principes ne fasse directement référence aux peuples autochtones, les commentaires qui les accompagnent évoquent clairement la déclaration de 2007, soulignant que :

> « les entreprises doivent respecter les droits de l'homme des personnes qui appartiennent à des catégories spécifiques ou de populations qui méritent une attention particulière, dès lors qu'elles risquent d'avoir une incidence négative sur ces droits. *Dans ce contexte, les instruments des Nations Unies ont précisé les droits des populations autochtones* ; des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques ; des femmes ; des enfants ; des personnes handicapées ; et des travailleurs migrants et leurs familles » [70].

Ce faisant, le constat fait par le UK NCP est sévère : non-respect des droits de l'homme des personnes affectées par le projet [71], non mise en œuvre de pratiques d'auto-discipline assurant une relation de confiance avec les communautés concernées [72], non-respect des normes environnementales et de santé publique et non consultation des populations locales [73]. Le UK NCP reproche en effet à la compagnie de ne pas avoir pris en considération

> « *the impact of the construction of the mine on the rights and freedoms of the Dongria Kondh, or balance the impact against the need to promote the success of the company. For these reasons, Vedanta did not respect the rights and freedoms of the Dongria Kondh consistent with India's commitments under various international human rights instruments, including the UN International Covenant on Civil and Political Rights, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimina-*

---

69. Il ne s'agit cependant là que de l'une des affaires mettant en cause cette compagnie : après plusieurs plaintes, la Cour suprême indienne a interdit un projet de mine dans le territoire des Dongria Kondh le 23 novembre 2007, faute de garanties suffisantes au profit des populations locales. Le projet fut finalement validé le 8 août 2008. Cependant, en août 2009, la Commission indienne des droits de l'homme a demandé au gouvernement d'Orissa un rapport complet sur le projet entrepris par Vedanta (*The Telegraph*, Calcutta, India, August 22, 2009).

70. *Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales. Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, OCDE, dernière révision du 25 mai 2011, nous soulignons.

71. Principe II. 2 : « Les entreprises devraient […] Respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil ».

72. Principe II. 7 : « Les entreprises devraient […] Élaborer et appliquer des pratiques d'autodiscipline et des systèmes de gestion efficaces qui favorisent une relation de confiance mutuelle entre les entreprises et les sociétés dans lesquelles elles exercent leurs activités ».

73. Principe V. 2. b) : « Les entreprises devraient, dans le cadre des lois, règlements et pratiques administratives en vigueur dans les pays où elles opèrent, et eu égard aux accords, principes, objectifs et normes internationaux pertinents, tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable. En particulier, les entreprises devraient : […] 2. Eu égard aux considérations liées aux coûts, à la confidentialité des affaires et aux droits de propriété intellectuelle: […] Entrer en temps voulu en communication et en consultation avec les collectivités directement concernées par les politiques de l'entreprise en matière d'environnement, de santé et de sécurité et par leur mise en œuvre ».

tion, the Convention on Biological Diversity and the UN Declaration on the Rights of Indigenous People » [74].

3. Sur le plan juridictionnel, l'instance la plus dynamique en matière de protection des droits fondamentaux des peuples autochtones est incontestablement la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il ne s'agira pas ici de présenter l'ensemble de la jurisprudence en ce domaine, tant elle est riche et abondante [75]. Une des affaires récentes retiendra plus particulièrement l'attention. Le 28 novembre 2007, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu un arrêt fondamental à plusieurs égards : *Communauté Saramaka v. Suriname* [76]. En effet, par cet arrêt, la Cour étend aux populations tribales les droits de propriété reconnus par l'article 21 de la convention américaine des droits de l'homme [77] ; elle parachève ainsi une jurisprudence reconnaissant aux peuples autochtones et tribaux un droit de propriété sur leur territoire [78]. L'État ne peut ainsi, sans consulter ces populations et sans obtenir leur autorisation, accorder des concessions d'exploitation de ces terres. Pour ce faire, elle se fonde explicitement sur l'article 32 de la déclaration des droits des peuples autochtones, soulignant que cette dernière avait été « *approved* […] *with the support of the State of Suriname* » [79]. La Cour va même jusqu'à analyser les explications de vote formulées par l'État devant l'Assemblée générale pour renforcer l'opposabilité du principe du consentement préalable : « *in explaining the position of the State in favor of this text, the representative of Suriname is reported to have specifically alluded to the aforementioned text of Article 32 of such instrument* » [80]. Le principe d'*estoppel*, non évoqué par la Cour, s'opposerait alors à ce que l'État se retranche derrière l'éventuel caractère non contraignant de la déclaration.

Plus récemment, le 4 février 2010, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a émis une « communication » historique. Elle a en effet, pour la première fois, constaté la violation des droits de populations autochtones en

74. *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Complaint from Survival International against Vedanta Resources plc*, § 67 [www.oecd.org], nous soulignons. Malgré la sévérité du rapport, le suivi de la mise en application de ces principes directeurs n'eut guère d'impact sur la compagnie ni ses actionnaires, celle-ci rejetant les allégations, refusant de coopérer avec le gouvernement britannique et voyant malgré tout le cours de son action augmenter dans les semaines et mois qui suivirent la publication de ce rapport…

75. Voy. notamment les contributions de J. DHOMMEAUX, « Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » et K. RINALDI, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *in* L. HENNEBEL / H. TIGROUDJA, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009. Voy. également les chroniques de jurisprudence de L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA dans la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*.

76. *Case of the Saramaka People v. Suriname (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*, Judgment of November 28, 2007, Series C, n° 172.

77. « *1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law* ».

78. Voy. notamment *Case of The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of August 31, 2001. Series C n° 79, §§ 148-149, 151 ; *Case of the Indigenous Community Sawhoyamaxa v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of March 29, 2006. Series C n° 146, §§ 118-121, 131 ; *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of June 17, 2005 Series C n° 125, §§ 124, 131, 135-137, 154.

79. *Case of the Saramaka People v. Suriname*, *op. cit.*, § 131.

80. *Ibid.*, note 131.

Afrique [81] et ordonné à l'État – en l'occurrence le Kenya – de, entre autres [82], restituer les terres ancestrales dont les Endorois avaient été expropriés sans compensation en 1973 au nom de la constitution d'une réserve faunique. La Commission ne va que très brièvement [83] dans son exposé mobiliser la déclaration [84]. Elle va en revanche tisser un maillage serré de références doctrinales (bien qu'officielles) et jurisprudentielles, mobilisant un nombre très important de rapports et arrêts extérieurs au continent africain pour élaborer une interprétation dynamique de la « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ». Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut noter que la Commission, fondant sa démarche sur l'article 61 de la charte africaine [85], se réfère à la définition des « peuples autochtones » élaborée par le GTPA [86] ce qui l'autorisera, alors que la charte africaine n'y fait pas référence, à reconnaître les Endorois comme « peuple autochtone » [87]. Elle s'appuie également sur les travaux du rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones [88]. Elle se fonde également très largement sur la jurisprudence de la CEDH, de la CIADH et de la Com. IADH [89]. À cet égard, l'arrêt *Saramaka c. Suriname* est très largement sollicité, notamment pour ce qui est de l'exigence d'un consentement préalable à toute restriction au droit de propriété des communautés autochtones ; or l'on sait que, sur ce point, la CIADH s'est explicitement fondée sur la déclaration des droits des peuples autochtones… La Commission, se prononçant sur le droit de propriété des Endorois, fera référence à trois reprises [90] à la déclaration. Cependant, elle ne s'appuiera concrètement que sur le projet de déclaration dans sa version de 1994, et uniquement pour ce qui concerne l'appréciation de la légalité de l'indemnisation dont ont « bénéficié » les Endorois [91], à savoir « £30 à titre d'indemnisation de la perte du terroir ancestral […] en vue d'un recasement ailleurs » [92]. La CADHP en conclut que « la Propriété du peuple Endorois a été sérieusement empiétée et

81. Communication 276/2003, 4 février 2010, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. Kenya*, [ww. ihdra. org].

82. La Commission a en effet constaté que le Kenya avait violé six dispositions de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (articles 1, 8, 14, 17, 21 et 22).

83. Paragraphes 204, 207 et 232.

84. Alors qu'elle s'appuie à plusieurs reprises sur la déclaration des Nations Unies sur le développement et la déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

85. « La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

86. *Op. cit.*, §§ 152, 279 notamment. Tout en lisant ces travaux à la lumière de ceux réalisés par le Groupe de travail de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones (§ 153).

87. Le terme « reconnaître » est ici employé à dessein ; la Commission n'a en effet pas voulu « qualifier » les Endorois de « peuple autochtone », s'appuyant sur les nombreux critères existants et insistant principalement sur l'auto-identification (§§ 154-162).

88. Paragraphes 293-294.

89. Paragraphes 190, 192, 197-198, 206, 208, 233, 287, 296…

90. Elle évoque la déclaration des droits des peuples autochtones très succinctement au paragraphe 204, affirmant que « [l]a Commission africaine a relevé que la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples indigènes, officiellement sanctionnée par la Commission africaine dans son Avis consultatif de 2007, explique en détail les droits fonciers ». En outre, paragraphe 207, la Commission s'appuie sur une citation de la déclaration dont nulle trace n'est trouvée en ces termes : « La Commission africaine note que les Articles 26 et 27 de la Déclaration de l'ONU sur les peuples autochtones utilisent les termes “occupé ou utilisé autrement” » ; or cette expression n'est présente ni dans la version de 1994, ni dans la version 2007.

91. Paragraphe 232. Alors que les plaignants l'invoquèrent à plusieurs reprises à l'appui de leur demande d'accès à leurs sites religieux (§§ 81-83).

92. Paragraphe 236.

continue de l'être. Le préjudice n'est pas proportionnel au besoin public et n'est pas conforme au droit [...] *international* »[93]. L'on peut donc inférer, à la lecture de ce passage, la reconnaissance par la Commission que le principe d'indemnisation des peuples autochtones dont le territoire a été confisqué, posé à l'article 27 du projet de déclaration (1994) relève du droit international coutumier.

L'on doit alors se poser la question de savoir pourquoi la Commission, statuant en 2010, s'est référée au projet de déclaration des droits des peuples autochtones dans sa version de 1994 et non pas à la déclaration du 13 septembre 2007. Et ce d'autant que le contenu de l'article 27 (devenu 28) n'a pas, mis à part quelques ajustements formels, foncièrement évolué entre 1994 et 2007. Une explication peut être trouvée dans le fait que le Kenya s'est abstenu lors du vote de la résolution 61/295, élément que rappelle la Commission dans son exposé[94]. S'appuyer sur la version 1994 c'était, en définitive, une façon d'affirmer le caractère coutumier de la version 2007 de la déclaration, et, sans prendre de front l'État défendeur, sous-entendre que son absence de consentement exprès au texte était sans importance. La Commission aurait tout à fait pu, ainsi qu'elle l'a fait pour les travaux du GTPA, s'appuyer sur la capacité que lui donne l'article 61 de la charte de mobiliser d'autres sources du droit. Cela l'aurait toutefois contrainte à reconnaître explicitement le caractère coutumier de la déclaration, au prix d'un long argumentaire et d'une probable réaction du Kenya. L'économie de moyens fut très probablement privilégiée.

Cette affaire, au-delà de ces arguties juridiques, est exemplaire de la capacité qu'a la déclaration et ceux qui se saisissent de la responsabilité de sa mise en application, non seulement d'ouvrir mais également de régénérer, dans un même mouvement, les espaces normatifs.

B. *La régénération des espaces normatifs existants : la déclaration comme moyen supplétif d'interprétation*

Sans prendre appui sur la déclaration des droits des peuples autochtones comme source du droit, différentes institutions vont proposer une interprétation évolutive et dynamique des instruments relatifs aux droits de l'homme dont elles ont la charge d'assurer l'application, usant donc de la déclaration comme moyen supplétif d'interprétation[95].

1. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale est probablement l'organe de surveillance ayant joué l'un des principaux rôles dans la redynamisation des espaces normatifs. Ainsi, quelques semaines avant l'adoption officielle de la déclaration, en juillet 2007, douze ONG menèrent une action devant le CEDR contre l'Indonésie afin qu'elle mette fin à sa politique de développement des plantations de palmiers à huile, étant donné que l'accroissement prévu des plantations de 1,8 millions d'hectares dans le Kalimantan[96] risquait d'entraîner le déplacement de 300 000 indigènes de la terre de leurs ancêtres. Bien que le comité n'ait pas

93. Paragraphe 238, nous soulignons.

94. Paragraphe 155.

95. Et non pas « moyen complémentaire d'interprétation », expression renvoyant à l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui dispose : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ». Il ne s'agit en effet pas, dans le contexte qui nous intéresse, de contourner l'obstacle d'un sens ambigu ou déraisonnable que présenteraient les instruments relatifs aux droits de l'homme.

96. Plantations envisagées sur une distance d'environ 850 km, le long de la frontière entre l'Indonésie et la Malaisie.

accédé à la demande des ONG, il a néanmoins pris acte de la multiplication des conflits entre les communautés locales et les compagnies de plantations et a rendu un rapport peu favorable à l'État. Ainsi a-t-il recommandé [97] que

> « *The State party* […] *review its laws, in particular Law No. 18 of 2004 on Plantations, as well as the way they are interpreted and implemented in practice, to ensure that they respect the rights of indigenous peoples to possess, develop, control and use their communal lands. While noting that the Kalimantan Border Oil Palm Mega-project is being subjected to further studies, the Committee recommends that the State party secure the possession and ownership rights of local communities before proceeding further with this plan* » [98].

Le comité a en outre appelé l'Indonésie à

> « *respect the way in which indigenous peoples perceive and define themselves. It encourages the State party to take into consideration the definitions of indigenous and tribal peoples as set out in ILO Convention No. 169 of 1989 on Indigenous and Tribal Peoples, and to envisage ratification of this instrument* » [99].

Il a également recommandé que l'État consulte les communautés concernées « *with a view to obtaining their consent and participation in it* » [100], faisant implicitement, mais clairement, référence à l'article 32, § 2 de la future déclaration des droits des peuples autochtones (et non pas à l'article 15, § 2 de la convention 169, *cf. supra*). Le CEDR invite donc l'État à mettre en œuvre des droits résultant tout à la fois de dispositions conventionnelles [101] – par lesquelles l'Indonésie n'est pas liée – et de dispositions de *soft law*. Entretenant ainsi l'idée que ces principes forment désormais un *corpus* normatif de valeur coutumière indépendamment de l'*instrumentum* qui les porte.

La nature coutumière des droits inscrits dans la déclaration des droits des peuples autochtones et son rôle de moyen supplétif d'interprétation seront confirmés par le CEDR quelques mois plus tard et non sans une certaine audace. En effet, en 2008, le comité, après avoir examiné les rapports présentés par les États-Unis, émit un certain nombre de recommandations, parmi lesquelles celle-ci :

> « Le Comité recommande […] à l'État partie de reconnaître le droit des Amérindiens de participer à la prise des décisions les concernant, et d'engager de bonne foi des consultations et une coopération avec les populations autochtones concernées, avant de planifier et d'exécuter toute activité dans des régions ayant une signification spirituelle et culturelle pour les Amérindiens. Le Comité prend note de la position de l'État partie au sujet de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (A/RES/61/295), *mais il recommande en définitive que la Déclaration soit considérée comme un ensemble de principes pour interpréter les*

---

97. Il est à noter que, bien que l'Indonésie soit partie à la convention sur la lutte contre toutes les formes de discrimination, ce traité n'est pas considéré comme *self-executing* en droit interne.

98. *Concluding observations of the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination on the Initial and Third Reports of Indonesia*, CERD/C/IDN/CO/3, 15 August 2007, § 17.

99. *Ibid,* § 15. L'on soulignera l'ironie de l'histoire en rappelant que, lors de l'adoption de la déclaration des droits des peuples autochtones quelques semaines plus tard, l'Indonésie prendra bien en considération la définition de la convention 169, mais pour nier toute existence de peuples autochtones sur son territoire (*cf. supra*).

100. *Ibid.*, § 17.

101. Notamment les articles 11 à 14 de la convention 169, relatifs aux droits des peuples indigènes sur leurs terres ancestrales.

obligations de l'État partie au titre de la Convention en ce qui concerne les populations autochtones » [102].

Ainsi, alors même qu'il reconnaît que les États-Unis ont clairement refusé de se voir opposer la résolution portant déclaration des droits des peuples autochtones, le comité demande néanmoins que la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale soit interprétée à la lumière de ladite déclaration. Semble ainsi confirmée l'idée selon laquelle elle ne crée pas de « droits nouveaux ou spéciaux, mais précise les droits de l'homme fondamentaux d'application universelle qu'elle place dans le contexte culturel, historique, social et économique des peuples autochtones » [103].

2. Sur le plan juridictionnel ou quasi juridictionnel, si la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est très rapidement emparée de la déclaration des droits des peuples autochtones pour ouvrir de nouveaux espaces normatifs, les autres organes régionaux de protection des droits fondamentaux sont demeurés plus réservés, préférant user de ce texte comme moyen supplétif d'interprétation.

Quelques années avant l'adoption de la déclaration, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (ComIADH), précurseur en la matière et s'interrogeant sur la reconnaissance du droit de propriété des peuples autochtones, a mobilisé le projet de déclaration onusien. Ainsi, dans l'affaire *Maya Indigenous Community of the Toledo District (Belize)* [104], elle a affirmé que l'application de la déclaration américaine des droits de l'homme dans ce contexte requérait de la part des États la mise en œuvre de mesures particulièrement protectrices des droits et intérêts autochtones sur leurs territoires et ressources traditionnels, interprétant notamment la déclaration américaine au regard des projets de déclaration onusien et interaméricain. Elle a, en effet, soutenu, que

« *[t]his interpretative approach is supported by the terms of other international instruments and deliberations, which serve as further indicia of international attitudes on the role of traditional system of land tenure in modern systems of human rights protection. The International Labour Organisation Convention (N° 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples, for example, affirms indigenous peoples" rights of ownership and possession of the lands they traditionally occupy, and requires governments to safeguard those rights and to provide adequate procedures to resolve land claims. Additionally, both the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* and the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples *affirm the rights of indigenous people to own, develop, control and use the lands and resources they have traditionally owned or otherwise occupied and used* » [105].

Plus récemment, le Tribunal de première instance de l'Union européenne fut saisi, le 11 janvier 2010, par plusieurs communautés et associations inuit du Canada, du Groenland et de Norvège d'une demande de suspension du règlement du 16 septembre 2009 relatif au commerce des produits dérivés du phoque, interdisant sur le territoire de l'Union européenne les « produits provenant d'animaux tués et

---

102. *Rapport du Comité pour l'élimination des discriminations raciales*, 72e et 73e sessions, Examens des rapports, observations et renseignements présentés par les États-Unis, A/63/18, 2008, § 500, p. 93 (nous soulignons).

103. *Rapport provisoire du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, A/65/264, 18 septembre 2010, § 58.

104. Case 12.053, *Maya Indigenous Community of the Toledo District (Belize)*, *Report on the Merits* n° 40/04, October 12, 2004 [www.cidh.oas.org].

105. *Ibid.*, § 118 (nous soulignons).

écorchés dans des conditions de douleur, de détresse, de peur et d'autres formes de souffrance » [106]. Selon les requérants, cet acte porterait gravement et de façon irréparable atteinte à leurs conditions de vie, la chasse au phoque et la vente des produits dérivés étant la principale source de subsistance des communautés inuit. Cette restriction porterait également atteinte à leurs convictions morales et à leurs croyances relatives à la relation entre l'homme et la nature [107], et plus largement à leur culture même. Sans se référer explicitement à la déclaration des droits des peuples autochtones, les requérants, fondant leur demande, entre autres, sur les articles 8 à 10 de la CEDH et 1er de son premier protocole additionnel, soutiennent que ces droits « doivent être interprétés à la lumière des dispositions relatives à la protection des peuples autochtones en droit international » [108].

Le président du Tribunal, se prononçant sur l'urgence susceptible de justifier une mesure de suspension reconnaît que celle-ci pourrait être prononcée en cas de risque de « préjudice civilisationnel » [109] irréparable, à savoir l'« impossibilité de continuer à vivre selon leur culture et leurs traditions en raison de l'interdiction prévue par le règlement » [110]. En l'espèce, le président considère que le préjudice, s'il survient, ne résulterait pas du règlement, qui réserve expressément les droits de populations inuit. Le considérant 14 du règlement précise en effet qu'

> « [i]l importe que les intérêts économiques et sociaux fondamentaux des communautés inuites pratiquant la chasse aux phoques à des fins de subsistance ne soient pas compromis. Cette chasse fait partie intégrante de la culture et de l'identité des membres de la société inuite et, en tant que telle, elle est reconnue par la *déclaration des Nations unies relative aux droits des peuples indigènes*. C'est pourquoi la mise sur le marché des produits dérivés du phoque provenant de ces formes de chasse traditionnellement pratiquées par les communautés inuites et d'autres communautés indigènes à des fins de subsistance devrait être autorisée » [111].

En application de ce règlement, la Commission adopta le 10 août 2010 le règlement (UE) 737/2010 [112], qui fit l'objet d'un recours en annulation de la part des communautés inuit [113], à ce jour pendant devant le Tribunal. Bien que l'on ne puisse préjuger de l'argumentaire des juges du fond, il est probable que la déclaration des droits des peuples autochtones soit mobilisée par le Tribunal pour interpréter les dispositions relatives aux droits fondamentaux ainsi que l'y invitent tout à la fois les requérants et le règlement de 2009.

Une juridiction semble demeurer en retrait de ces évolutions, la Cour européenne des droits de l'homme. À notre connaissance, elle n'a été saisie qu'à deux reprises d'affaires mettant en cause des communautés autochtones [114]. La première

---

106. Considérant 5 du règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, sur le commerce des produits dérivés du phoque, *JOUE L 286*, 31 octobre 2009, p. 36.

107. Ordonnance du président du Tribunal du 30 avril 2010, *Inuit Tapiriit Kanatami et a. c. Parlement et Conseil*, affaire T-18/10 R, §§ 56-58.

108. *Ibid.*, § 62.

109. Pour reprendre l'expression de R. Lafargue, « [l]e préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit du cadre naturel et réalités socioculturelles : indépendance et interdisciplinarité » (R. LAFARGUE, *Droit et Société*, 2010, vol. 74, pp. 151-169).

110. Ordonnance, *op. cit.*, § 109.

111. *Op. cit.*, p. 37.

112. L'on notera que le règlement reprend, mot pour mot, la définition des peuples indigènes établie par la convention 169 de l'OIT, sans la citer toutefois (article 2 du règlement (UE) n° 737/2010 de la Commission du 10 août 2010 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil sur le commerce des produits dérivés du phoque, *JOUE*, 17 août 2010, L 216, p. 2).

113. Affaire T-526/10. Recours en annulation visant également le règlement (CE) 1007/2009.

114. Au sens entendu ici et non pas au sens retenu par la Cour elle-même, *cf. supra*. À cet égard, on soulignera que le moteur de recherche du site HUDOC ne propose aucun résultat lorsque l'on inscrit le

affaire, *Muonio Saami Village c. Suède* a été radiée du rôle par un arrêt du 9 janvier 2001 à l'issue d'un règlement amiable [115]. Le second arrêt a été rendu le 30 mars 2010 dans l'affaire *Handölsdalen Sami Village and others c. Suède* [116]. Les requérants étaient quatre villages Sami dont les habitants, dans les années 1990, se virent interdire l'utilisation des terres, considérées comme privées, pour les pâturages d'hiver des rennes (dont l'élevage est un des socles de leur culture) sauf à conclure un contrat avec les propriétaires fonciers. Devant la CourEDH, saisie en 2004, les requérants invoquèrent la violation de l'article 6, § 1er de la CEDH, à raison du coût important d'accès à la justice qu'ils avaient dû assumer et de la longueur considérée excessive de la procédure interne. La Cour rejette le premier motif, retient le second (la procédure ayant duré 13 ans et 7 mois), mais n'évoque à aucun moment la déclaration des droits des peuples autochtones. La convention européenne est appliquée sans prise en considération de l'évolution du droit en matière de protection des communautés autochtones, dont relèvent les Sami, ce qui conduira le juge Ziemele à émettre une opinion partiellement dissidente. Il y évoque l'évolution de la protection internationale des droits fondamentaux des peuples autochtones [117] et reproche à la Cour de n'avoir pas pris la mesure de la situation réelle des Sami dans la société suédoise. Il s'appuie pour cela sur un rapport du CEDR évoquant, dans le cadre des contentieux territoriaux, une discrimination *de facto* subie par les Sami, devant prouver leur occupation « immémoriale » des territoires sur lesquels ils revendiquent un droit de pâturage [118]. Cette opinion fera peut-être évoluer la position de la Cour EDH dans les prochaines années.

Ainsi, par le biais de l'interprétation dynamique des instruments internationaux de protection des droits de l'homme à la lumière de la déclaration des droits des peuples autochtones, les droits posés par la déclaration intègrent la *lex lata*. Et, par le jeu de miroir propre à l'élaboration des règles coutumières, l'appartenance de ces droits à la *lex lata* est confirmée. L'on peut ainsi constater un « *mutual reinforcement* », pour reprendre l'expression de L. Rodriguez-Pinero [119], des droits humains fondamentaux et des droits spécifiques des peuples autochtones.

La déclaration des droits des peuples autochtones joue donc un rôle comparable à celui de la déclaration relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, celui d'un « d'un puissant catalyseur dans la formation du droit […] parce que cette résolution a été précédée et suivie par une pratique abondante conforme aux règles qu'elle énonce » [120].

Peut-on alors véritablement soutenir, comme cela fut fait en décembre 2010, que « la Déclaration est davantage un rappel du chemin qu'il reste à parcourir pour rendre justice et introduire la dignité dans la vie des peuples autochtones

---

terme « indigenous »…

115. CEDH, 1re section, 9 janvier 2001, *Muonio Saami Village c. Suède*, req. n° 28222/95.

116. CEDH, 3e section, 30 mars 2010, *Handölsdalen Sami Village et autres c. Suède*, req. n° 39013/04.

117. « *In the last ten to twenty years, significant developments have taken place as far as the rights of indigenous peoples in international human rights law are concerned. As a result of new instruments (including the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples), old and new monitoring institutions* […]*, and concluding observations on State reports, general comments and case-law from existing UN human rights treaty bodies* […]*, special rights and special measures have been introduced in an attempt to overcome discrimination against indigenous peoples and thus to achieve equal rights* » (*Parlty Dissenting Opinion of Judge Ziemele*, §. 2).

118. *Op. cit.*, §§ 6-7.

119. L. Rodriguez-Pinero, « The Inter-American System and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : Mutual Reinforcement », *in* S. Allen / A. Xhantaki (eds.), *op. cit.*, pp. 457-483.

120. P. Daillier / M. Forteau / A. Pellet, *Droit international public*, 8e éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 357.

qu'une réflexion des progrès réalisés sur le terrain » [121] ? Ce n'est que partiellement vrai. La communauté internationale semble être parvenue, en peu d'années, à mobiliser les volontés politiques indispensables à la mise en œuvre effective de la déclaration. Ainsi, l'hypothèse qu'envisageait Boris Marlin en 2008 d'un texte susceptible de devenir « l'objet d'un 'désir de normativité' encore refoulé » [122] est désormais vérifiée [123].

Mais au-delà de la technique juridique, il est important de s'interroger sur les effets politiques et anthropologiques de la nébuleuse de textes, institutions et concepts sur les rapports entre autochtones et non-autochtones.

III. – LA PROTECTION INTERNATIONALE DES PEUPLES AUTOCHTONES, EXPRESSION DE L'INTERCULTURALITÉ NORMATIVE ?

L'espace de cette étude ne permettra pas d'aborder l'ensemble des questions dans toute leur complexité. Un rapide détour par l'anthropologie juridique permettra de prendre la mesure de toute la difficulté qu'il y a à penser l'interculturalité normative (A). L'enjeu est d'autant plus important que les peuples autochtones risquent de se trouver enfermés dans des territoires normatifs dont les codes leur sont étrangers (B).

A. *La recherche de l'interculturalité normative : un détour par l'anthropologie juridique*

Ainsi que nous l'enseignent l'anthropologie et l'histoire [124], le « droit » est une invention occidentale, exportée non seulement par la colonisation [125], mais également par le développement d'un droit international dont les principales caractéristiques formelles sont héritées de la culture juridique européenne.

Louis Assier-Andrieu souligne ainsi que, « [l]e droit, tel qu'il se présente dans les sociétés occidentales, est un fait de culture et, comme tel, une possibilité dont certaines sociétés ont très légitimement pu faire le choix de se passer, en concevant d'autres solutions pour installer en leur sein la normativité qui chapeaute toute société » [126]. Les normes régulatrices des sociétés autochtones ont le plus souvent principalement pour objet, non pas de planifier les activités de la collectivité, mais

---

121. Rapport provisoire du rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, « Situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones », Assemblée générale des Nations Unies, A/65/264, 18 décembre 2010, § 57.

122. B. MARLIN, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des droits des peuples autochtones », *RQDI*, 2008-1, vol. 21, p. 240.

123. Il ne faut, bien évidemment, pas oublier les très nombreuses violations de leurs droits que subissent encore, quotidiennement, les peuples autochtones. Néanmoins les avancées, pour insatisfaisantes qu'elles soient, sont réelles.

124. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, Paris, 2008, 142 p.

125. « Le Droit est la manière dont l'Occident ordonne les règles que s'imposent les hommes » (A. SUPIO, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. La couleur des idées, Seuil, Paris, 2005, p. 85). L. Assier-Andrieu démontre avec brutalité mais lucidité comment le colonisateur occidental a « découvert », et plus précisément « inventé » les droits autochtones et comment, par un jeu en retour, les populations autochtones et les États issus de la décolonisation ont revendiqué ce soi-disant droit pré-colonial : « l'appréciation *a posteriori* de l'« avant » du contact, affirmation conditionnelle de l'universelle légalité, fut l'instrument juridique de la colonisation. Fiction réussie, elle servira avec une irréfragable constance de soubassement naturel aux mouvements revendicatifs et aux législations post-coloniales » (L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. Essais et Recherches, Nathan, Paris, 1996, p. 93).

126. *Op. cit.*, p. 101.

de régler des différends entre personnes ou entre être humain et être non-humain, de restaurer la paix, l'harmonie et la stabilité au sein du groupe, plutôt que de donner raison à l'un ou l'autre [127].

Les conceptions du droit sont des conceptions du monde visible et invisible, propres à chaque société. Donc irréductibles aux représentations des autres cultures. Sous couvert de raison et d'idéologie du progrès, l'Occident a survalorisé sa culture juridique au détriment des autres. Si les rencontres et les confrontations de cultures juridiques ne sont pas choses nouvelles, la « transmission des lois de peuple à peuple [étant un] phénomène perpétuel et universel » [128], elles peuvent devenir contestables lorsque l'une – la culture juridique occidentale – se donne le rôle dominant dans cette rencontre. C'est la crainte clairement évoquée par la déclaration indigène de 1999, *No Patenting of Life !* concernant l'élaboration d'un droit de propriété intellectuelle protégeant leurs savoirs traditionnels [129] : « *The inherent conflict between these two knowledge systems and the manner in which they are protected and used will cause further disintegration of our communal values and practices* » [130].

Cependant, désormais, le droit semble le seul outil à la disposition de la communauté internationale, des États et des communautés autochtones elles-mêmes pour établir un lieu de dialogue et de reconnaissance. Beaucoup en appellent donc à l'internormativité [131] et à une approche interculturelle du droit. Encore faut-il accepter de prendre la mesure de cet « inter » afin que les rapports d'échange, voire de réciprocité, qu'évoque ce préfixe, se nouent sur une base moins occidentale, que des territoires, des lieux de dialogue puissent être construits en commun. Robert Vacheron exprimait avec finesse cette exigence et les difficultés à surmonter :

> « Une des raisons fondamentales du malentendu tragique entre la culture juridique occidentale et les cultures juridiques autochtones traditionnelles, c'est d'oublier que la distance à surmonter entre ces deux mondes n'est pas simplement factuelle (interprétation morphologique) ou temporelle (interprétation diachronique) mais spatiale, c'est-à-dire qu'il s'agit de plusieurs topoi (loci) ou de visions dont les postulats eux-mêmes sont radicalement différents, n'ayant pas développé leurs modes d'intelligibilité à partir d'une tradition historique commune ou à travers une influence

---

127. Pour une présentation, succincte mais claire, des enjeux méthodologiques auxquels sont confrontés les anthropologues appréhendant « ce qui produit les mêmes effets que le droit » dans les sociétés dépourvues d'un ordonnancement « juridique » identifiable, voy. A. MAHÉ, « Droit », *in* P. BONTE / M. IZARD, *op. cit.*, pp. 783-784.

128. M. ALLIOT, « L'acculturation juridique », *in* J. POIRIER (dir.), *Ethnologie générale*, Gallimard, Paris, 1968, p. 1180, cité par A. ADONON / C. PLANÇON / C. EBERHARD, « Les cultures juridiques », *in* E. RUDE-ANTOINE / G. CHRÉTIEN-VERNICOS, *Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, *op. cit.*, p. 226.

129. Sur cette question, non spécifiquement abordée ici, de la protection des savoirs autochtones, voy. notamment M.-A. HERMITTE, « Bioéthique et brevets : le nouveau contrat social issu du système international », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Pedone, Paris, 2006, pp. 111-164. G. AGUILAR, « Access to genetic ressources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science and Policy,* 2001-4, pp. 241-256 ; G. Van OVERWALLE, « Protecting and sharing biodiversity and traditional knowledge: Holder and user tools », *Ecological Economics*, 2005, n° 53, pp. 585-607 ; A. GESLIN, « Populations autochtones et brevetabilité du vivant : la tentation de Perséphone », *in* E. BROSSET (dir.), *Le droit international et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés ?*, coll. Monde européen et international, La Documentation française, 2009, pp. 139-157.

130. *To no Patenting of Life! Indigenous Peoples", Statement of the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of the WTO Agreement*, Appel signé aux Nations Unies, Genève, 25 juillet 1999, [http://www.gene.ch].

131. Comme « [e]nsemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes » (J. CARBONNIER, « Internormativité », *in* A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 313).

réciproque (*interprétation diatopique*). [...] L'interprétation diatopique est celle qui essaie de découvrir ces diverses cultures juridiques radicalement différentes, les rassemble dans un dialogue qui permette l'émergence d'un mythe dans lequel on peut entrer en communion et qui nous permet de nous entendre en nous mettant ensemble sous le même horizon d'intelligibilité, sans que cet horizon soit exclusivement le sien propre (dia-topos : qui transperce les topoi pour aller rejoindre le mythos dont elles sont l'expression) » [132].

Ainsi, si la reconnaissance des peuples autochtones et de leur propre vision du monde a, incontestablement, permis la construction de territoires politiques commun, la protection juridique élaborée et en cours d'élaboration n'est pas sans risque d'enfermement de ces peuples au sein de territoires normatifs étrangers.

B. *Du décloisonnement par la construction de territoires politiques communs au risque d'enfermement dans des territoires normatifs étrangers*

Il faut indéniablement reconnaître que les travaux initiés depuis une trentaine d'années au sein des Nations Unies notamment, mais également dans les cadres africains et interaméricains ont assuré aux peuples autochtones non seulement une visibilité mais également une reconnaissance : reconnaissance de leur existence, des préjudices (innombrables voire innommables) qui leur avaient été causés, reconnaissance (sans nécessairement compréhension) de leurs rapports au monde.

1. Pour construire un espace politique commun, encore faut-il reconnaître l'autre. Ainsi qu'il a été vu, l'une des principales revendications des peuples autochtones a été de rejeter toute tentative visant à les définir, à les identifier, au nom d'une reconnaissance. L'enjeu n'est pas de simple rhétorique. L'enjeu n'est pas de tenter de masquer les différences existant entre ces peuples au nom d'une commune vision du monde. L'enjeu est celui de l'altérité. « Identifier », c'est, étymologiquement, faire du même, rendre semblable. Non seulement on fait venir l'autre à soi, mais on le fait soi. Cela a été toute l'ambiguïté des différentes écoles anthropologiques du milieu du XIXe siècle jusqu'à la fin des années 1970 – évolutionnisme, diffusionnisme, fonctionnalisme, structuralisme – affirmant un « égalitarisme de façade » entre les sociétés occidentales et non occidentales [133]. « Reconnaître », c'est « poser comme déjà connu », sans l'*a priori* d'un projet d'assimilation.

Après des siècles de ségrégation, après des décennies de marginalisation et d'assimilation, après s'être officiellement opposés à l'adoption de la déclaration des droits des peuples autochtones, l'Australie, le Canada et les États-Unis ont formellement présenté des excuses aux peuples autochtones vivant sur leurs territoires. Par ces actes officiels, les gouvernements *reconnaissent* bien évidemment les torts d'un passé pas si lointain, mais surtout les peuples autochtones en tant qu'« autres », au sein d'un territoire politique et étatique commun. La portée de ces reconnaissances est cependant différente d'un État à l'autre :

« *We apologise for the laws and policies of successive Parliaments and governments that have inflicted profound grief, suffering and loss* on these our fellow Australians.

---

132. R. VACHON, « L'étude du pluralisme juridique. Une étude diatopique et dialogale », *Journal of legal pluralism*, 1990, n° 29, pp. 166-168.

133. Voy. E. LE ROY, « Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l'homme. L'universalité des droits humains peut-elle être fondée sur le principe de la complémentarité des différences ? », *Recueil des cours de la 28e session d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg*, 1997, pp. 13-30.

> *We apologise especially for the removal of Aboriginal and Torres Strait Islander children from their families, their communities and their country* » [134].

Alors que les Aborigènes sont clairement intégrés (voire assimilés) aux Australiens, les gouvernements canadiens et américains opèrent une distanciation *a priori* plus grande, donc une reconnaissance plus marquée de l'altérité :

> « Le gouvernement du Canada présente ses excuses les plus sincères aux peuples autochtones *du* Canada pour avoir si profondément manqué à son devoir envers eux, et leur demande pardon » [135].
> « *The United States* […] *(3) recognize that there have been years of official depredations, ill-conceived policies, and the breaking of covenants by the Federal Government regarding Indian tribes ; (4) apologizes* on behalf of the people of the United States *to all Native Peoples for the many instances of violence, maltreatment, and neglect inflicted on Native Peoples by citizens of the United States* » [136].

Est-ce à dire que les peuples autochtones du Canada et les *Native Peoples of the United States* ne sont pas Canadiens ou Américains ? D'un point de vue historique et culturel, la réponse est positive ; ces peuples autochtones ne sont pas assimilables au peuple canadien ou au *people of the United States*. D'un point de vue politique en revanche, par-delà leur identité ethnique, ils sont bien « citoyens » canadiens ou américains.

Le vote de la résolution 61/295 fut également l'occasion, pour certains États, dont le Costa Rica, d'exprimer une certaine forme d'excuses, déclarant

> « Nous avons une nouvelle chance de redresser les injustices historiques commises contre nos peuples autochtones. C'est pourquoi aujourd'hui […] nous nous sommes portés coauteur de cette résolution, nous joignant à l'engagement historique pris *pour payer notre dette* à nos frères et nos sœurs autochtones en votant pour la Déclaration » [137].

L'on peut également brièvement évoquer le fait que la reconnaissance des peuples autochtones en tant qu'autre à part entière, ainsi que la reconnaissance des préjudices qu'ils ont subis passe également par la restitution des objets rituels voire des restes humains détenus par les musées nationaux ou étrangers. C'est ainsi que la France a restitué, à la demande du gouvernement néo-zélandais, des têtes maories conservées dans ses musées [138]. Elle avait été précédée par la Suisse, la Grande-Bretagne, le Danemark, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Argentine et l'Australie.

Ces restitutions ne sont pas toujours choses aisées à obtenir pour les peuples autochtones. Ainsi, le *Native American Graves and Repatriation Act* de 1990 exige

---

134. Motion présentée par le premier ministre australien et adoptée par le Parlement, 13 février 2008, Commonwealth of Australia, Parliament Debates, Senate Official Handsart, n° 1, 2008, 13 February 2008, pp. 147-166 (nous soulignons).

135. *Le Premier ministre Harper présente des excuses complètes au nom des Canadiens relativement aux pensionnats indiens*, 11 juin 2008, discours en ligne sur le site du premier ministre du Canada [www.pm.gc.ca], nous soulignons. Bien que les excuses formulées par le gouvernement canadien soient limitées au seul cas des pensionnats indiens, elles ont néanmoins été reçues, par une grande majorité, comme étant historiques.

136. *Resolution of Apology to Native Peoples of the United States*, signée par B. Obama le 31 décembre 2009 [http://thomas.loc.gov], nous soulignons.

137. Assemblée générale, 108e séance plénière, 13 septembre 2007 (15h), A/61/PV/108, p. 10-11, nous soulignons.

138. Cela a nécessité une modification législative étant donné que les biens des musées nationaux sont considérés comme inaliénables. *Cf.* la loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *JORF*, n° 0114, 19 mai 2010, p. 9210.

que le demandeur prouve que les objets en cause n'ont pas été acquis par le musée de façon légale et légitime. Ce faisant « le rapatriement fonctionne [...] à l'intérieur d'un cadre juridique occidental » [139].

Certains pourraient soutenir que la muséographie participe d'une forme de reconnaissance de ces peuples et de leurs cultures. L'on pourrait opposer à cet argument les propos du journaliste et écrivain russe Vassili Golovanov :

> « Tout ce qui avait été pris à ces peuples aux différents stades de leur développement culturel : les tambours, les masques de chaman, les breloques, les poupées de *sadeev* (des idoles), les ustensiles d'usage courant, les superbes vêtements portés lors des fêtes ou à l'occasion de rites, tout cela était mort, s'était desséché dans nos musées sans pour autant faire partie d'une culture commune. Ce qui est normal. Nous ne savions pas utiliser ces objets parce que nous n'en avions pas besoin, et la seule chose dont nous ayons été capables avant de les reporter dans nos registres, fut de les trier selon l'idée que nous avions de ces cultures. [...] Et ces fragments inanimés de cultures jadis vivantes montraient à quel point notre science pragmatique pouvait devenir mortelle » [140].

Ainsi l'on constate que « derrière le défi de l'altérité [...] se profile le défi de la complexité » [141]. Faute d'en prendre la mesure, le risque est grand d'enfermer les peuples autochtones dans des territoires normatifs étrangers.

2. Peut-on dépasser le « malentendu tragique entre la culture juridique occidentale et les cultures juridiques autochtones traditionnelles » qu'analysait Robert Vacheron ? Peut-on se retrouver sous un « même horizon d'intelligibilité » ? L'acculturation inévitable qui se produit lors de rencontres de systèmes différents est-elle « a-culturation », « ad-culturation » ou « interculturation » ? Lorsqu'en 1880 J.W. Powell propose la notion d'acculturation, il entend décrire un processus au cours duquel les « primitifs » passent de l'état de nature à « la civilisation associée à la culture européenne, prise non comme une civilisation mais comme la civilisation » [142]. Il y a donc a-culturation, au sens où le préfixe « a- » impliquerait la disparition de la culture d'origine au profit exclusif d'une autre. À partir du début du XXe siècle, les anthropologues – H. Levy-Bruhl notamment – appréhendent l'acculturation sous un angle plus complexe, désignant « le contact de deux cultures qui agissent et réagissent l'une sur l'autre pour donner un produit hybride où la culture de base intègre des éléments européens sans pour autant perdre ses caractères originaux » [143]. L'acculturation devient donc ad-culturation, le « a- » étant alors entendu comme la contraction du préfixe « ad- » indiquant un mouvement de rapprochement. Cependant, la culture européenne domine toujours. Pour Michel Alliot, l'acculturation est « une interaction conflictuelle entre les deux cultures » [144] au cours de laquelle l'une domine l'autre. Jacques Demorgon souligne également que « la violence comme source de culture ne peut pas être ignorée » [145]. Ce philo-

---

139. E. DURBUC / L. TURGEON, « Musées et premières nations : la trace du passé, l'empreinte du futur », *Anthropologie et sociétés*, vol. 28, n° 2, 2004, p. 13.
140. V. GOLOVANOV, *op. cit.*, p. 384.
141. A. ADONON / C. PLANÇON / C. EBERHARD, « Les cultures juridiques », *in* E. RUDE-ANTOINE / G. CHRÉTIEN-VERNICOS, *Anthropologies et droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, *op. cit.*, p. 225-226.
142. D. MANAÏ, « Acculturation », *in* A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 3.
143. *Ibid.*
144. M. ALLIOT, « L'acculturation juridique », *op. cit.*, p. 1181.
145. J. DEMORGON, *Complexité des cultures et de l'interculturel. Contre les pensées uniques*, 4e ed., coll. Anthropos, Economica, Paris, 2010, p. 19.

sophe privilégie néanmoins, lorsqu'il y a interaction entre groupes ou sociétés, le terme « interculturel » ou « interculturation » :

> « la notion indispensable à la compréhension de l'évolution historique est moins l'acculturation que l'interculturation. Celle-ci a le mérite de souligner les transformations réciproques qui, certes, peuvent être asymétriques. L'interculturation est la vraie notion opératoire centrale des études historiques et sociologiques. Elle seule permet de poser clairement les questions : pas seulement entre qui et qui, mais entre quoi et quoi, y a-t-il interculturation ? » [146].

L'on perçoit dès lors l'intérêt de cette notion pour ce qui retient ici l'attention. Il s'agit en effet de s'interroger moins sur les interactions conflictuelles entre peuples autochtones et peuples occidentalisés – elles sont bien connues et d'une extrême violence, pouvant dans certains cas être rétroactivement qualifiées de génocide – qu'entre (au moins) deux « façon[s] d'ordonner et de valoriser les rapports entre les hommes, […] façon[s] de se situer dans la nature […] façon[s] d'envisager les rapports entre humains et non humains » [147].

S'il serait erroné de penser que des cultures peuvent demeurer stables lorsqu'elles entrent en contact, serait-il possible d'envisager la construction de lieux communs, au sens propre du terme, des territoires, notamment normatifs, sur lesquels les rapports au monde aussi différents que ceux des peuples autochtones et des peuples occidentalisés puissent véritablement dialoguer ? Cela est d'autant plus important que l'on sait que les peuples autochtones sont fortement attachés à leur(s) identité(s) culturelle(s). La déclaration du 13 septembre 2007 tente indéniablement ce déracinement des topos occidentaux, cet échange dans un double aller vers l'autre, cette interculturation. Deux exemples illustreront cette affirmation.

Ainsi en est-il de l'article 26, qui dispose :

> « 1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils *possèdent* et *occupent* traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.
> 2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur *appartiennent* ou qu'ils les *occupent* ou les *utilisent* traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis.
> 3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés » [148].

Par la multiplicité des termes employés – possession, occupation, appartenance, utilisation –, la déclaration rompt avec l'ethnocentrisme occidental de l'article 14, § 1er de la convention 169 de l'OIT, lequel précise : « Les *droits de propriété et de possession* sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés » [149]. Il rompt également avec le même ethnocentrisme des projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels élaborés par l'OMPI [150], dont l'une des options et variantes d'options de l'article 1, § 1 c) dispose :

146. *Ibid.*, pp. 19-20.

147. C. Larrère, « Actualité de l'éthique environnementale : du local au global, la question de la justice environnementale », *in* H.-S. Afeissa (dir.), *Ecosophie. La philosophie à l'épreuve de l'écologie*, coll. Dehors, Editions MF, Paris, 2009, p. 119.

148. Nous soulignons.

149. Nous soulignons.

150. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels établis à la réunion du deuxième groupe de travail intersessions, WIPO/GRTKF/IC/18/7, 17 mars 2011. La lecture de

« Les savoirs traditionnels protégés sont des savoirs qui […] c) font partie intégrante de l'identité culturelle [d'une population ou communauté locale, autochtone ou traditionnelle] qui en est reconnue *comme le propriétaire en tant que gardien ou entité investie d'une propriété* ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi de manière officielle ou informelle par les usages, le droit ou les protocoles coutumiers » [151].

Quel enjeu y a-t-il à ne pas employer l'expression « droit de propriété » dans le contexte de la protection des peuples autochtones ? L'un des principaux enjeux est dans les modalités mêmes de l'interculturation. En effet, quel sens véhicule le concept de propriété ? Il présume un double mouvement de mise à distance et de chosification. D'une part, une distanciation entre l'humain et le non-humain, une prise de conscience d'une extériorité du non-humain, objet naturel ou manufacturé, par rapport à l'humain ; d'autre part, une réification du non-humain, associée à l'exclusivisme de la subjectivisation de l'humain, distinction opérée en vertu d'une conscience que l'humain ne reconnaît qu'à lui-même. L'humain, sujet, doit appréhender le non-humain non plus seulement comme un objet, mais plus précisément comme une chose, extérieure à lui-même pour pouvoir s'en rendre propriétaire, pour exercer un pouvoir sur cette chose. Cette notion, produit de l'histoire occidentale, ne saurait faire sens dans d'autres cultures et ne peut donc créer les conditions de l'interculturation.

En effet, pour les populations autochtones, les objets ne deviennent que rarement des choses [152]. De ce fait, ces sociétés ne se sont pas engagées dans un processus de réification de la nature [153]. Les peuples autochtones entretiennent avec leur environnement une véritable synergie, ils vivent dans un *continuum* entre les choses et les personnes. Les connaissances traditionnelles sont intimement liées aux ressources et aux lieux sur lesquels elles portent, lesquels sont eux-mêmes intimement liés aux êtres qui vivent de ces ressources [154]. L'espace et les ressources qui s'y déploient sont non seulement sacralisés [155], mais également bien souvent humanisés [156]. En outre, ces sociétés pensent le « nous » là où nous pensons le « je » ; les personnes ne se vivent pas comme des individus uniques, mais comme les

ces projets d'articles ne permet pas, en l'état, de dégager un consensus quant au contenu précis des principes et règles posés, étant donné la multiplicité des options et variantes envisagées pour chaque article.

151. Nous soulignons.

152. « L'objet lui-même, pris dans la nature (qui fournit son matériau) et agissant sur la nature (qui est son point d'impact) est soumis aux mêmes contraintes : la nature est vivante, la terre est soit une divinité en soi, soit l'habitat de multiples entités invisibles, les esprits telluriens ; elle n'est pas le domaine disponible que connaissent les ingénieurs de la civilisation industrielle » (J. POIRIER (dir.), *Histoire des moeurs, tome 1, Les coordonnées de l'homme et la culture matérielle*, Encyclopédie de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1990, p. 921).

153. Il ne s'agit pas de soutenir ici, ce qui serait absurde, que les peuples autochtones confondent le sujet et l'objet ; cependant, la Nature est humanisée, et les ressources qu'elle offre, bien qu'étant des objets, ne sont pas considérés comme des choses.

154. Ainsi que le rappelle N. Rouland, « [l]a pensée mythique opère dans et par l'espace la jonction entre des éléments que la modernité nous a appris à séparer » (N. ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, coll. Sciences humaines, O. Jacob, Paris, 1991, p. 243).

155. Pour ne prendre qu'un exemple, les populations autochtones d'Amazonie appréhendent leur rapport à la terre sous la forme d'un ensemble de cercles concentriques : à mesure que l'on s'éloigne du village et que l'on avance dans la forêt, les territoires et les ressources qui s'y trouvent sont sous l'autorité des forces surnaturelles, les esprits chtôniens (voy. G. FILOCHE : « Droits collectifs et ressources renouvelables. L'élaboration des plans de gestion participative, entre détours conceptuels et retour au terrain », *Natures Sciences Sociétés*, 16, 2008, p. 16).

156. Sur la diversité des perceptions du monde par les peuples autochtones, voy. Ph. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, *op. cit.*, notam. les chapitres 9 à 11.

membres unis dans un même ensemble social composé d'êtres humains, d'esprits (ancêtres, forces telluriques) et d'objets [157]. Partant,

> « si les groupes ou les individus ont des droits sur des territoires, des biens ou des personnes, ce n'est guère que par métaphore qu'on peut les assimiler à la propriété car, ce faisant, on prive les choses 'appropriées' du sens que leur confèrent les populations concernées » [158].

L'enjeu interculturel est donc bien là : imposer (OIT et OMPI) ou non (déclaration des droits des peuples autochtones) une modification du sens que les peuples autochtones confèrent au monde qu'ils habitent. Une étude récente menée par l'ONG *Forest Peoples Programme* sur les lois foncières au Rwanda souligne clairement les dangers d'une acculturation violente et subie. L'auteur y affirme en effet que :

> « Les régimes coutumiers batwa régissant l'accès à la terre ou la tenure foncière étaient de nature collective, organisés autour des droits de clans précis et fondés sur des concepts d'utilisation saisonnière des terres sur de très vastes superficies couvertes en grande partie de forêts. Les Batwa qui ont été forcés à quitter leurs forêts et à survivre en marge de la société rwandaise ont eu du mal à intégrer leur régime foncier forestier coutumier parallèlement aux régimes fonciers de leurs voisins agriculteurs et éleveurs plus puissants. En conséquence, il semble qu'*une grande partie du vocabulaire batwa lié à leur régime foncier forestier a disparu ou a été approprié par d'autres* » [159].

Le second exemple sur lequel il serait possible de s'appuyer est celui, déjà évoqué, du principe du consentement préalable, libre et éclairé, principe que l'on pourrait qualifier de fondamental de la protection des peuples autochtones. La déclaration de 2007 prévoit en effet que ce consentement doit être donné pour toute réinstallation sur des terres et indemnisation après expulsion ou confiscation (articles 10 et 28), pour la mise en œuvre de toutes mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones (article 19), pour tout projet de stockage de matières dangereuses sur leurs territoires (article 29), pour tout projet d'exploitation des ressources, notamment minières et hydriques, présentes sur leurs territoires (article 32). Ce principe du consentement préalable, libre et éclairé est également un des principes transversaux des projets d'articles de l'OMPI ou du projet de déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones.

Ce principe est l'expression même de la nécessité du dialogue entre autochtones et non-autochtones. Il peut être, il doit être, l'opportunité de construire un espace d'« interprétation diatopique » [160], un lieu d'interculturation volontaire et non plus subie. C'est d'ailleurs ce à quoi s'emploient, concrètement, certaines ONG tel *Forest*

---

157. Certains anthropologues ont construit le concept de 'dividu' ou d'humain 'dividuel' pour décrire cette représentation. Voy. notamment M. STRATHERN, *The Gender of the Gift: Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*, University of California Press, 1990, 437 p. ; S. CAILLON, « Des hommes, des lieux et des plantes : quand l'ethnobiologie fait le lien... », LBSHS-Pacifique, colloque des 10-12 mars 2010, résumé de l'exposé <http://reseau.pacific-credo.fr>. Pour une réflexion sur la transposition de cette notion en droit, voy. A. GESLIN, « États et sécurité environnementale, états de l'insécurité environnementale : de la recomposition normative des territoires à l'esquisse d'un droit de l'anthropocène », *in* J. TERCINET, *États et sécurité internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2011 (à paraître).

158. M.-E. HANDMAN, « Propriété », *in* P. BONTE / M. IZARD, *op. cit.,* p. 605.

159. C. HUGGINS, « Les lois foncières historiques et contemporaines et leur incidence sur les droits fonciers des peuples autochtones au Rwanda », *in* Forest Peoples Program, *Les droits fonciers et les peuples des forêts d'Afrique. Perspectives historiques, juridiques et anthropologiques*, vol. 4, mai 2009, p. 2 (nous soulignons).

160. R. VACHERON, *op. cit.*

Peoples Programme qui, en octobre 2010 en Indonésie – un des États les moins respectueux des droits des peuples autochtones –, a organisé quatre journées de dialogue sur la mise en œuvre, dans cet État, de moyens visant à assurer le respect du consentement préalable, libre et éclairé. Ce furent des dialogues menés sur le terrain même des grands projets de plantation de palmiers à huile, de bois à pâte ou d'un projet de piégeage de carbone, sur les territoires de populations autochtones. Ces dialogues réunirent des représentants gouvernementaux, du secteur privé, des institutions financières internationales et des peuples autochtones [161]. Bien que cela n'ait pas encore, à notre connaissance, eu d'impact sur la législation indonésienne, ni amélioré le sort des communautés autochtones, il n'en demeure pas moins que l'espace du dialogue a été construit, formellement, matériellement. Preuve en est que les conditions d'une approche interculturelle « pacifiée » peuvent être trouvées.

Les portes de ce dialogue pourraient s'ouvrir encore davantage, à l'initiative des peuples autochtones. Ils ont en effet conclu le sommet d'Anchorage de 2009 sur le changement climatique global en affirmant :

> « Nous offrons de partager avec l'humanité notre savoir traditionnel, nos innovations et pratiques concernant le changement de climat, si nos droits fondamentaux en tant que gardiens de ce savoir à travers les générations est totalement reconnu et respecté » [162].

161. [http://www.forestpeoples.org].

162. *Indigenous Peoples" Global Summit on Climate Change*, Déclaration d'Anchorage, 24 avril 2009 (en ligne).